

# L'APPLICATION DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES CONTRATS DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES PAR LES ARBITRES DE LA CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE EN DEHORS DE LA VOLONTÉ DES PARTIES EST-ELLE PRÉVISIBLE ?

Emmanuel S. Darankoum

Volume 17, numéro 2, 2004

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1069251ar>  
DOI : <https://doi.org/10.7202/1069251ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)  
2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Darankoum, E. S. (2004). L'APPLICATION DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES CONTRATS DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES PAR LES ARBITRES DE LA CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE EN DEHORS DE LA VOLONTÉ DES PARTIES EST-ELLE PRÉVISIBLE ? *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 17(2), 1–31.  
<https://doi.org/10.7202/1069251ar>

Résumé de l'article

Source de légitimité et de droit positif pour l'arbitre de la Chambre de commerce internationale (CCI) dans sa recherche de la solution prétorienne, la mise en oeuvre de la *Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* est aujourd'hui prévisible dans l'arbitrage, même lorsque les parties au contrat n'ont pas choisi de droit applicable à leur relation. La force d'attraction qu'elle exerce, notamment sur les arbitres de la CCI, découle du fait qu'elle propose des solutions qui sont à même de répondre aux questions qui se posent généralement devant ces arbitres. En tant qu'instrument privilégié de la résolution des différends du commerce international, la *Convention de Vienne* répond ainsi à un besoin lié à la globalisation des marchés : remédier à l'absence de *lex fori* des arbitres de la CCI et contribuer par la même occasion à une plus grande sécurisation des transactions commerciales internationales. Par conséquent, les règles de cette convention qui sont d'une grande cohérence relèvent à coup sûr d'un phénomène transnational dont l'aboutissement pourrait consister à doter les arbitres de la CCI d'une *lex fori*. Sous réserve des exigences de l'ordre public international, la thèse visant à considérer la *Convention de Vienne* comme un succédané de l'ordre juridique transnational s'appuie sur une série de sentiments ou de raisons. D'un point de vue théorique, se dégage le sentiment que l'expansionnisme de la *Convention de Vienne* ne semble avoir d'autres limites que celles de sa propre dynamique. En effet, tout porte à croire qu'elle est le vecteur d'un ordre juridique transnational dans la mesure où elle constitue la clé de voûte de l'ensemble des règles matérielles uniformes applicables aux contrats de vente internationale issues d'autres sources dérivées, comme les Incoterms, les règles et usances uniformes sur les lettres de crédit, les principes d'Unidroit, etc. La mise en oeuvre de la convention contribuerait indéniablement, il s'agit là d'un sentiment pratique, à la satisfaction des intérêts de la société économique internationale. On éprouve alors irrésistiblement l'impression que cette convention pourrait devenir le point de départ d'une formalisation de l'ordre juridique transnational et d'une *lex fori* arbitrale pour les arbitres siégeant dans le cadre de l'arbitrage de la CCI.

## L'APPLICATION DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES CONTRATS DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES PAR LES ARBITRES DE LA CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE EN DEHORS DE LA VOLONTÉ DES PARTIES EST-ELLE PRÉVISIBLE?

Par Emmanuel S. Darankoum\*

Source de légitimité et de droit positif pour l'arbitre de la Chambre de commerce internationale (CCI) dans sa recherche de la solution prétorienne, la mise en œuvre de la *Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* est aujourd'hui prévisible dans l'arbitrage, même lorsque les parties au contrat n'ont pas choisi de droit applicable à leur relation. La force d'attraction qu'elle exerce, notamment sur les arbitres de la CCI, découle du fait qu'elle propose des solutions qui sont à même de répondre aux questions qui se posent généralement devant ces arbitres. En tant qu'instrument privilégié de la résolution des différends du commerce international, la *Convention de Vienne* répond ainsi à un besoin lié à la globalisation des marchés : remédier à l'absence de *lex fori* des arbitres de la CCI et contribuer par la même occasion à une plus grande sécurisation des transactions commerciales internationales. Par conséquent, les règles de cette convention qui sont d'une grande cohérence relèvent à coup sûr d'un phénomène transnational dont l'aboutissement pourrait consister à doter les arbitres de la CCI d'une *lex fori*. Sous réserve des exigences de l'ordre public international, la thèse visant à considérer la *Convention de Vienne* comme un succédané de l'ordre juridique transnational s'appuie sur une série de sentiments ou de raisons. D'un point de vue théorique, se dégage le sentiment que l'expansionnisme de la *Convention de Vienne* ne semble avoir d'autres limites que celles de sa propre dynamique. En effet, tout porte à croire qu'elle est le vecteur d'un ordre juridique transnational dans la mesure où elle constitue la clé de voûte de l'ensemble des règles matérielles uniformes applicables aux contrats de vente internationale issues d'autres sources dérivées, comme les Incoterms, les règles et usances uniformes sur les lettres de crédit, les principes d'Unidroit, etc. La mise en œuvre de la convention contribuerait indéniablement, il s'agit là d'un sentiment pratique, à la satisfaction des intérêts de la société économique internationale. On éprouve alors irrésistiblement l'impression que cette convention pourrait devenir le point de départ d'une formalisation de l'ordre juridique transnational et d'une *lex fori* arbitrale pour les arbitres siégeant dans le cadre de l'arbitrage de la CCI.

Source of legitimacy and positive law for the International chamber of commerce (ICC) arbitrators in their praetorian solution search, the *United Nations convention on the international sale of goods* (CISG) has become foreseeable in arbitration, even when the parties in a contract have not specified the applicable law to their business relationship. Its attraction on the ICC arbitrators comes from its ability to offer them solutions which are helpful to solve and answer the questions to which they are confronted. As a privileged vehicle in the international commerce dispute resolution system, the CISG meets adequately a requirement resulting from the globalization of markets: the need to find a solution for the absence of *lex fori* of the ICC arbitrators. Therefore, the convention contributes significantly to the heightening of the security of international commercial transactions. Consequently, the rules of this convention, which are characterized by a great coherence, falls undoubtedly within the province of a trans-national phenomenon whose outcome might provide a *lex fori* to the ICC arbitrators. Subject to the requirements of the international legal order, the thesis which considers the CISG as a substitute for the international legal order lies on specific feelings and reasons. In a theoretical point of view, one has the feeling that the CISG's expansionism has no limits, except for the ones related to its own dynamic. Everything tends to ratify that it is a trans-national legal order vehicle since it constitutes the keystone of all the material uniformed rules (which are applicable to international sale contracts) originating from other sources stemming from the Incoterms, the ICC uniform

---

\* Sibidi Emmanuel Darankoum est professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et membre du Centre du droit des affaires et du commerce international (CDACI). Il est détenteur d'un DÉA de droit privé (Strasbourg), diplômé des 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> cycles de la Faculté internationale de droit comparé (Strasbourg) et diplômé d'études en *common law* (Moncton, Nouveau-Brunswick). Il enseigne le droit des relations économiques internationales, de l'arbitrage commercial international, des contrats internationaux, des entreprises et de l'import-export.

customs and practices for documentary credits, Unidroit principles, etc. One might have the practical feeling that its implementation would undeniably satisfy the interests of the international economic society. Moreover, one inexorably experiences the impression that this convention might become the starting point of a future formalization of a trans-national legal order and of an arbitral *lex fori* for the arbitrators of the ICC.

## Introduction

Dans l'arbitrage international, la tendance à la délocalisation<sup>1</sup> des contrats de vente internationale se rattacherait au besoin ressenti par les marchands de voir leurs litiges tranchés par des arbitres internationaux qui statuent, avant tout, selon leurs *coutumes* propres plutôt que selon un droit étatique ne répondant pas toujours à leurs préoccupations<sup>2</sup>. Appliqué à la *Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*<sup>3</sup>, cet argument nous semble insuffisant, car même si cette convention représente un ensemble de normes substantielles et autonomes, elle fait également partie intégrante des droits étatiques, notamment ceux des États qui l'ont ratifiée. Il faut donc prendre en considération cet élément, surtout dans la recherche du degré de prévisibilité quant à la mise en œuvre de la *Convention de Vienne* devant les arbitres en général, et en particulier devant ceux de la Chambre de commerce internationale (CCI)<sup>4</sup>.

Cette dernière perspective constitue l'unique champ d'intérêt de notre réflexion. En ce sens, la formulation du sujet est assez précise pour nous autoriser à

<sup>1</sup> En ce sens, voir Philippe Khan, « L'internationalisation de la vente » dans *L'internationalité dans les institutions et le droit : convergence et défis. Études offertes à Alain Plantey*, Paris, A. Pedone, 1995, 297 aux pp. 371 et s.; Pierre Mayer, « L'application par l'arbitre des conventions internationales » dans *L'internationalisation du droit : mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, 275 aux pp. 282 et s.; Horatia Muir Watt, « L'applicabilité de la *Convention des Nations unies sur la vente internationale de marchandises* devant l'arbitre international » (1996) 3 R.D.A.I. 401 aux pp. 403 et s. De manière plus générale, voir Yves Derains, « La jurisprudence des arbitres du commerce international en matière de détermination du droit applicable au contrat » (1996) 4 R.D.A.I. 514 [Derains, « Jurisprudence »]; Sigard Jarvin et Matthieu Boissavy, « Jurisprudence arbitrale : l'arbitre de la CCI et la *Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises* » (1999) 3 R.D.A.I. 354.

<sup>2</sup> Henri Battifol, « La loi appropriée au contrat » dans *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Librairies techniques, 1982, 1 à la p. 15.

<sup>3</sup> *Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 11 avril 1980, 1489 R.T.N.U. (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1988) [*Convention de Vienne*]. Sur cette convention, voir Peter Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Clarendon Press, 1998; Vincent Heuzé, *La vente internationale de marchandises : droit uniforme*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000. Sur les origines de la *Convention de Vienne*, voir John Honnold, « The Sales Convention in Action – Uniform International Words: Uniform Application? » (1988) 8 J.L. & Com. 208. Sur ses premières applications jurisprudentielles, voir Claude Witz, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale (Convention des Nations unies du 11 avril 1980)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.

<sup>4</sup> La présente étude se limitera à l'arbitrage de la CCI dont le siège est situé à Paris et qui se définit comme une institution non étatique œuvrant dans l'intérêt pratique du commerce international. Pour une plus ample description, voir Erik Schäfer, Herman Verbist et Christophe Imhoss, *L'arbitrage de la Chambre de commerce internationale en pratique*, Bruxelles, Bruylant, 2002 aux pp. 17 et s. [Schäfer, Verbist et Imboos].

ne pas nous attarder sur son objet. En effet, il porte sur la mise en œuvre de la *Convention de Vienne* par les arbitres de la CCI, et ce, uniquement lorsque les parties au contrat n'ont pas choisi une loi applicable à leur transaction. Il en découle deux hypothèses de réflexion d'où émane également l'intérêt de l'étude et la démarche qui sera suivie.

La première concerne la situation particulière de l'arbitre de la CCI. Ce dernier est dépourvu de *lex fori* s'imposant à lui et au sein de laquelle il pourrait puiser une règle de droit international privé lui permettant d'appliquer la *Convention de Vienne*. Par suite d'une évolution remarquable depuis 1998, date du nouveau règlement d'arbitrage de la CCI<sup>5</sup>, celui-ci apporte une modification à son prédécesseur, notamment sous l'angle des méthodes de détermination du droit applicable au fond. Son article 17 consacre une libéralisation complète des critères de détermination du droit applicable au fond devant l'arbitre de la CCI<sup>6</sup>. Désormais, tout tourne autour du principe de la liberté de l'arbitre. En effet, en plus d'une possibilité pour celui-ci de désigner la *Convention de Vienne* par le détour de règles de conflit de lois qu'il estime appropriées, s'ajoute désormais une autre possibilité : celle consistant à brûler l'étape des conflits consacrée par une méthode parfois qualifiée de voie « directe ». Autrement, le nouveau règlement ne remet pas en cause la pertinence de la jurisprudence antérieure relative à la question de l'applicabilité de la *Convention de Vienne*; tout au plus ne fait-il que codifier une technique qui avait déjà entamé son envol selon certaines sentences appuyées par la doctrine<sup>7</sup>. En quoi consistent alors les méthodes de droit international privé qui sous-tendent le raisonnement de l'arbitre de la CCI dans la recherche de la loi applicable au fond et pouvant aboutir à l'applicabilité de la *Convention de Vienne*? Cette question préalable mérite d'être élucidée, dans une première partie, si nous voulons bien comprendre le contexte et les méthodes selon lesquels les arbitres de la CCI sont amenés à adopter la *Convention de Vienne* comme loi applicable aux contrats de vente internationale qui leur sont soumis.

Quant à la deuxième hypothèse de réflexion, elle peut être présentée de la manière qui suit. La CCI a imposé, au fil du temps, son aptitude générale à façonner le droit du commerce international, notamment dans les domaines spécifiques de la vente internationale<sup>8</sup> et de l'arbitrage<sup>9</sup>. Une telle pratique mérite d'être connue parce

---

<sup>5</sup> Chambre de commerce internationale, « Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale du 1<sup>er</sup> janvier 1998 », en ligne : Chambre de commerce internationale <[http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/pdf\\_documents/rules/rules\\_arb\\_french.pdf](http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/pdf_documents/rules/rules_arb_french.pdf)> [Règlement].

<sup>6</sup> *Ibid.*, art. 17.

<sup>7</sup> En ce sens, voir Derains, « Jurisprudence », *supra* note 1 aux pp. 517 et s.; Jarvin et Boissavy, *supra* note 1.

<sup>8</sup> Elle est l'auteur de *Incoterms* et de *Règles et usances uniformes sur le crédit documentaire* qui sont, par exemple, couramment utilisés par les entreprises transigeant dans le cadre des ventes à l'exportation.

<sup>9</sup> L'institutionnalisation de l'arbitrage international auprès de la CCI est trop bien connue pour que nous y attardions. En effet, les formalités s'organisent autour d'une administration propre à l'arbitrage international dénommée Cour internationale; le Secrétariat de cette dernière veille au bon déroulement des arbitrages conformément à un règlement d'arbitrage établi et à ce que les parties au litige puissent choisir. En ce sens, voir Schäfer, Verbist et Imhoos, *supra* note 4.

qu'elle affecte directement les intérêts du commerce international. Les raisons particulières sont simples. D'une part, la vente internationale est le contrat le plus usuel du commerce international. Partant, nous pouvons estimer que les juristes d'entreprises confrontés à des litiges dans ce secteur font généralement face à la délicate question de la prévisibilité d'une mise en œuvre de la *Convention de Vienne* par les arbitres de la CCI. La recherche est, dès lors, orientée vers une compréhension de leur jurisprudence arbitrale en la matière afin d'identifier le degré de certitude quant aux situations dans lesquelles ces arbitres pourraient appliquer la *Convention de Vienne*. À ce premier souci touchant la prévisibilité s'en ajoute un autre touchant le particularisme de l'arbitrage de la CCI, celui-ci visant généralement à répondre plus spécifiquement aux besoins du commerce international : les arbitres y jouissent-ils d'une marge d'appréciation différente des juges étatiques, notamment en ce qui concerne la représentation qu'il faut avoir de la *Convention de Vienne*? Il s'agit là d'une autre question de sécurité juridique qui surgit, entre autres, lorsqu'une partie estime que, la situation litigieuse étant transnationale, il faut lui appliquer par voie de conséquence une loi transnationale. Dans quelle mesure la *Convention de Vienne* peut-elle intervenir à ce titre? Son applicabilité en tant que substitut d'un ordre juridique transnational entre-t-elle dans les légitimes prévisions des parties? Si oui, la mondialisation de l'économie accroît-elle davantage de telles prévisions? Ces questions découlant de la seconde hypothèse de réflexion feront l'objet de la deuxième partie de notre analyse.

La nature de la présente contribution se veut plus théorique que pratique. Elle ne vise pas une étude globale de la question de l'applicabilité des conventions internationales devant les arbitres internationaux. Elle vise une meilleure compréhension de la question de la liberté des arbitres de la CCI dans la détermination du droit applicable au fond, ainsi qu'une recherche du degré de prévisibilité de la mise en œuvre de la *Convention de Vienne* suivant les méthodes qu'utilisent ces arbitres. Enfin, nous discuterons de la possibilité d'une représentation de la *Convention de Vienne* en tant que substitut ou partie intégrante d'un ordre juridique transnational.

Notons que l'étude s'efforcera, autant que possible, de ne pas revenir sur le débat relatif à la *lex mercatoria*. Il n'apparaît pas important de savoir si la *Convention de Vienne* représente ou non la *lex mercatoria* même si elle contribue à l'enrichissement permanent de celle-ci. En effet, contrairement aux principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, la *Convention de Vienne* ne prend pas parti sur cette question. Elle ne se donne surtout pas pour objectif de codifier la *lex mercatoria*, mais plutôt, selon son préambule, de faciliter le commerce entre les États. Cela signifie, pour notre part, que la *Convention de Vienne* ne consacre pas absolument une *dilution des espaces juridiques étatiques*<sup>10</sup>, mais vise avant tout à établir un rapprochement entre les États contractants.

---

<sup>10</sup> L'espace juridique vise les territoires géographiquement délimités par les frontières étatiques à l'intérieur desquelles chaque État exerce sa souveraineté législative. Le droit international privé est bâti sur cette réalité. En ce sens, voir Antoine Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993 aux pp. 335 et s. et aux pp. 548-49.

## I. L'absence congénitale de *lex fori* et le principe de la liberté des arbitres de la CCI

Les auteurs soutiennent que l'arbitre n'a pas de for<sup>11</sup>. Sa situation est caractérisée par une neutralité presque totale vis-à-vis des droits étatiques, sous réserve de l'ordre public ou des lois impératives souvent qualifiées de lois d'application immédiate et nécessaire<sup>12</sup>. Dans la mesure où cet argument sous-tend, d'un point de vue théorique, l'applicabilité de la *Convention de Vienne* par les arbitres de la CCI en dehors de la volonté des parties, il mérite d'être amplement posé. En effet, les précisions qui méritent d'être apportées à ce premier point sont indispensables pour mieux comprendre le principe de la liberté des arbitres de la CCI dans la détermination du droit applicable au fond du litige ainsi que les limites qui s'y rattachent.

### A. L'absence de *lex fori* des arbitres de la CCI

Parmi les spécificités de l'arbitrage international figure celle relative à l'absence de *lex fori* de l'arbitre<sup>13</sup> et, partant, la recherche du droit que ce dernier devra appliquer. Cette situation s'impose tant à l'arbitre de la CCI qu'à tous les arbitres internationaux. Ce problème se pose aussi bien en ce qui concerne la procédure que le fond du litige. Sur ce dernier point, qui concerne notre sujet d'étude, cela revient à dire que l'arbitre de la CCI se pose la question de savoir quelles sont les règles de droit matériel qu'il doit appliquer au contrat litigieux dont il est saisi. En principe, aucune difficulté ne se pose lorsque les parties ont manifesté leur volonté quant à l'application d'un droit quelconque, qu'il soit étatique ou non : l'arbitre doit s'en tenir à ce droit, car en tant que juge privé, il tient sa mission ou son pouvoir de juger des parties qui l'ont désigné. Cela revient à dire que le droit choisi par les parties pour régler le fond du litige fait partie de la mission de l'arbitre et que ce dernier a l'obligation de s'y conformer par principe. Mais qu'advient-il lorsque les parties n'ont pas choisi de droit applicable? Telle est la question qui se pose avec acuité devant l'arbitre international en général et plus particulièrement devant les arbitres de la CCI. Si le juge étatique peut résoudre plus facilement la question en appliquant sa propre loi, dite loi du for ou *lex fori*, l'erreur consisterait à croire que l'arbitre puisse en faire de même. La particularité de l'arbitrage international surgit à cette occasion. Pour bien faire ressortir cette particularité, il suffit d'observer la différence de solution quant à ce problème en considérant l'arbitrage interne par rapport à l'arbitrage international, d'une part, et le traitement réservé au contrat international devant le juge étatique et l'arbitre international, d'autre part.

---

<sup>11</sup> Voir Derains, « Jurisprudence », *supra* note 1.

<sup>12</sup> Voir Battifol, *supra* note 2.

<sup>13</sup> Sur cette question, voir Berthold Goldman, « L'arbitre, les conflits de lois et la *lex mercatoria* » dans Nabil Antaki et Alain Prujiner, dir., *Actes du premier colloque sur l'arbitrage commercial international tenu à Québec du 14 au 17 octobre 1985*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986, 103 [Goldman, « L'arbitre »].

Sur le premier élément, constatons que dans l'arbitrage international, considéré comme étant celui mettant en cause les intérêts du commerce international, les parties peuvent choisir le droit applicable au fond du litige ainsi que nous venons de le mentionner. En l'absence d'un tel choix, un problème de conflit de lois se pose pour l'arbitre, ce qui oblige ce dernier à déterminer le droit, ou du moins, les règles de droit parmi celles qui auraient vocation à s'appliquer pour régir le fond du litige. Ce type de problème ne se pose pas devant l'arbitre dans un arbitrage interne. Cet arbitrage étant celui d'un contrat interne, il est régi par le droit interne pour le fond et, par définition, un problème de conflit de lois ne peut pas se poser. Cette précision étant faite, qu'en est-il du traitement du contrat international devant le juge étatique et devant l'arbitre international?

Le traitement du contrat international par l'arbitre international diffère de celui que lui applique le juge étatique sur certains points. D'abord, si la liberté des parties dans le choix du droit applicable est largement entendue en matière d'arbitrage international, devant le juge étatique, une telle liberté connaît parfois des limites. En effet, non seulement les parties ne peuvent pas contrôler la démarche du juge au regard des diverses réglementations en vigueur dans son for, mais en plus, dans certains droits nationaux, les parties au contrat international ne peuvent choisir un droit dépourvu de lien avec le contrat ou soumettre leur contrat à un droit « anational ». Si la question est connue et ne saurait être approfondie dans les limites de la présente étude, notons ici l'existence d'éléments encore plus déterminants et qui permettent de distinguer la situation du juge étatique de celle de l'arbitre international dépourvu de for.

En effet, le juge étatique est un des organes de l'ordre juridique étatique. À ce titre, il juge en tranchant les litiges au nom de l'État qui l'a investi de son office : il est le gardien de l'ordonnement juridique de l'État au nom duquel il juge. Il possède donc une *lex fori*, c'est-à-dire un espace juridique propre par excellence, car il doit respecter les règles de son droit national qui s'imposent à lui. Dans une telle situation, lorsqu'il est appelé à résoudre un litige concernant un contrat international et ce, en l'absence d'une clause *electio juris* stipulée par les parties, il doit mettre en œuvre son propre système de conflit de lois et appliquer, par voie de conséquence, la règle de conflit susceptible de lui indiquer lequel des différents droits nationaux qui sont en conflit, c'est-à-dire ceux qui pourraient avoir vocation à régir le contrat international, il aura à appliquer. Comme nous pouvons le constater, le système de conflit de lois que le juge étatique utilise est celui issu de son propre système juridique national, celui de sa *lex fori*. Quant à la règle de conflit de lois qui lui indiquera quel droit national doit être appliqué, il s'agit également, au départ, de la règle de conflit de son propre droit national (règle de conflit de sa *lex fori*). En revanche, cette règle de conflit peut différer selon que le juge saisi est celui de tel ou tel État. La situation de l'arbitre international est totalement différente de celle du juge étatique, car il n'a pas de for. Comment se présente une telle situation?

Lorsqu'un arbitre international est saisi d'un litige relatif à un contrat international, il rend justice au nom des parties qui l'ont investi du pouvoir de dire le droit. En tant que juge privé, l'arbitre n'est pas un organe de l'ordre juridique

étatique, car il n'est pas investi de sa mission par l'État; par conséquent, il ne tranche pas le litige au nom d'un État puisqu'il n'est pas le gardien d'un quelconque ordonnancement juridique étatique. Dans la mesure où l'ordre juridique étatique autorise ou admet une telle situation, l'arbitre international, contrairement au juge étatique, n'a pas de *lex fori*. Or, confronté à une situation présentant des éléments étrangers (comme c'est le cas dans un contrat de vente internationale de marchandises), un problème de conflit de lois se pose dès lors à lui. Quel droit doit-il appliquer pour la solution du litige? N'ayant pas de *lex fori* et les parties ne lui ayant pas désigné un droit applicable, ce problème devient déconcertant puisqu'il n'y a absolument rien qui lui donne une indication sur le droit applicable au fond du litige. Devra-t-il mettre en œuvre un système de conflit de lois? Mais lequel, puisqu'il n'a pas de *lex fori*? Cette question en appelle une autre : qu'est-ce qui l'oblige à passer par un système de conflit de lois? C'est donc la conjonction de plusieurs réalités, dont notamment l'absence de loi d'autonomie, l'inexistence de *lex fori* et la pluralité des droits pouvant avoir vocation à s'appliquer, qui génère le risque de projeter l'arbitre dans un *vacuum juris*. Il en découle la conséquence suivante : par hypothèse, aucun droit national, voire aucune règle de droit quelle qu'elle soit, ne s'impose à l'arbitre. Le contrat pourrait donc être considéré comme un contrat sans loi. Toute solution devient alors imprévisible, créant ainsi une source d'insécurité pour les parties au contrat. C'est cette réalité qui traduit la spécificité de l'arbitrage international et qui contribue à faire de la question du droit applicable au fond une pierre angulaire de ce système de règlement des litiges internationaux. Comment remédier à cette situation décevante?

La doctrine a esquissé plusieurs méthodes ou solutions spécifiques en réponse à ces problèmes embarrassants. Ces méthodes sont bien connues par les juristes habitués à l'arbitrage international et au droit international privé et il ne nous apparaît pas déterminant de revenir sur les détails les concernant<sup>14</sup>. Elles sont, tout au plus, au nombre de cinq : l'arbitre peut se référer au système de conflit du pays du siège, c'est-à-dire celui dans lequel l'arbitrage se déroule; à celui que les parties ont choisi directement ou indirectement; à l'application cumulative des systèmes de conflit des pays qui ont un lien avec le litige; à un système qu'il choisit librement et qui pourrait être un système étatique autre que celui du siège ou encore autonome, c'est-à-dire propre à l'arbitrage international; enfin, il pourrait se dispenser de choisir la loi applicable au fond au moyen d'une règle de conflit et ce, en la désignant directement.

Quoique contestables, chacune des méthodes ainsi énoncées a connu des applications jurisprudentielles par les arbitres<sup>15</sup>. La première a cependant été abandonnée pour ne pas assujettir définitivement l'arbitrage au pays du siège dont le choix a pu être fortuit, mais aussi pour préserver le caractère international de l'arbitrage. La deuxième est efficace, sauf pour le fait que les parties au contrat ne désignent pas toujours dans leur contrat le droit applicable au fond en cas de litige. La méthode cumulative, quant à elle, ne fonctionne parfaitement que si les règles de

---

<sup>14</sup> Voir Derains, « Jurisprudence », *supra* note 1.

<sup>15</sup> *Ibid.*



conflit utilisées par l'arbitre concourent vers une même loi applicable au fond; en cas de divergence, l'embaras renaît. La méthode du libre choix par l'arbitre d'une règle de conflit, tout comme la méthode directe consistant à brûler, en apparence, l'étape du conflit de lois, peut paraître très arbitraire et surtout peu conforme aux attentes légitimes des parties. Nous pouvons donc en déduire que la solution miracle, ou plutôt celle parfaite, n'existe toujours pas. En vérité, la solution à ces difficultés est généralement trouvée grâce au règlement d'arbitrage, choisi ou non par les parties, qui s'impose à l'arbitre. Selon notre étude portant sur l'arbitrage de la CCI, un intérêt particulier doit être accordé au règlement d'arbitrage de la CCI. Comme nous l'avons vu, le règlement en vigueur date de 1998 et son article 17 apporte un ajout à l'article 13.3 du règlement précédent qui prescrivait l'application par l'arbitre de la loi désignée par la règle de conflit jugée appropriée. Concrètement, l'article 17 ne se limite plus à l'exigence d'une détermination du droit applicable par l'unique détournement des conflits de lois, mais prévoit également une autre possibilité, soit celle de la désignation directe par l'arbitre des règles matérielles applicables sans passer par la méthode des conflits de lois. À ce titre, l'arbitre de la CCI peut, depuis 1998, choisir directement, et surtout librement, les règles de droit matériel qu'il estime appropriées au litige. Puisque nous avons déjà noté que cette méthode pouvait surprendre les parties et déjouer leurs prévisions légitimes, il convient d'examiner à présent l'étendue du principe qu'elle consacre et qui peut être considéré comme une alternative à l'absence de *lex fori* de l'arbitre de la CCI.

## **B. Le principe de la liberté, vecteur des méthodes spécifiques de détermination du droit applicable au fond devant les arbitres de la CCI**

Les arbitres de la CCI doivent souvent faire face à la question de la détermination du droit applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, car toutes les conditions générales de vente utilisées par les entreprises ne comportent pas toujours une loi d'autonomie<sup>16</sup>. C'est là qu'intervient l'article 17 du règlement d'arbitrage de la CCI (version 1998). Cette disposition est très libérale, surtout dans la mesure où sa formulation diffère de celle de l'article 13.3 de l'ancien règlement d'arbitrage de la CCI<sup>17</sup> :

<sup>16</sup> En ce sens, voir Philippe Kahn, « Le droit de la vente » dans *Le droit uniforme dans la pratique : actes du 3<sup>e</sup> Congrès de droit privé organisé par l'Institut international pour l'unification de droit privé tenu à Rome du 7 au 10 septembre 1987*, New York, Dobbs Ferry; Rome, Oceana Publications, 1988, 359. En revanche, voir le contrat-type sur les denrées périssables élaboré par la CCI, la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et l'Organisation mondiale du commerce (OMC) : Centre du commerce international CNUCED/OMC, *La vente internationale de denrées périssables : contrat-type et guide de l'utilisateur*, Genève, Publications de la CCI, 1999, notamment la clause 14 sur le droit applicable qui désigne la *Convention de Vienne* comme *lex contractus*. Dans le même sens, voir Centre du commerce international CNUCED/OMC, *Contrat-modèle de la CCI sur la vente internationale*, Genève, Publications de la CCI, 1994, art. 1.2 A.

<sup>17</sup> Voir Chambre de commerce internationale, « Règlement d'arbitrage de la CCI (1975) » reproduit dans Dominique Hascher, *Recueil des décisions de procédure dans l'arbitrage de la CCI (1993-1996)*, 2<sup>e</sup> éd., Boston, Kluwer Law International, 1997, 250, art. 13.3.

- a) Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées.
- b) Dans tous les cas, le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat et des usages du commerce pertinents [nos italiques]<sup>18</sup>.

Quelle pourrait être l'étendue de ce principe ainsi énoncé par les deux alinéas précités?

L'article 17 organise, en quelque sorte, un système de conflit de lois, ou mieux, un système de droit international privé propre à l'arbitrage de la CCI. Sa spécificité se situe au niveau suivant : en l'absence de loi d'autonomie, l'arbitre de la CCI n'est pas tenu d'appliquer un type précis de règles de droit préexistant qui s'imposerait à lui. Comme nous l'avons dit dans la section précédente, contrairement au juge étatique, il est dépourvu de for. Dès lors, il lui appartient de découvrir par lui-même la règle de droit applicable. En effet, si les rédacteurs de l'article 17 avaient pensé qu'une règle de droit particulière s'imposait à l'arbitre de la CCI, ils l'auraient désignée, d'où le principe de la liberté.

L'alinéa premier, deuxième phrase, et l'alinéa deuxième sont les dispositions qui consacrent le principe de la liberté dans le cadre de la désignation du droit applicable. Ces dispositions s'harmonisent parfaitement avec notre problématique qui suppose l'absence de choix de droit effectué par les parties. Le premier alinéa, deuxième phrase, n'appelle pas de commentaires particuliers. Constatons simplement que sa formulation est assez flexible, ou très libérale, pour ne pas enfermer l'arbitre dans une situation restrictive<sup>19</sup>. Partant, l'arbitre est libre d'appliquer à la relation litigieuse un droit national quelconque, la *lex mercatoria* ou une convention internationale appropriée comme la *Convention de Vienne*. Précisons qu'il peut y parvenir soit directement, en décidant de l'appliquer en tant que loi appropriée, soit par le truchement d'une règle de conflit de lois désignant le droit d'un État qui l'a ratifiée, ou encore en partant directement des indications de droit international privé prévues par l'article premier de ladite convention. La première et la deuxième possibilité pourraient surprendre, car *a priori*, la *Convention de Vienne* ne s'adresse pas aux arbitres. Il s'agit d'une convention entre États. Toutefois, nous verrons, dans la section suivante, qu'il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école. Par ailleurs, la dernière partie de notre étude tentera d'apporter les justifications pratiques et théoriques à ces deux démarches ainsi visées. Quoiqu'il en soit, l'arbitre se doit tout de même de motiver son choix ou de permettre aux parties de débattre de la question,

---

<sup>18</sup> Règlement, *supra* note 5, art. 17.

<sup>19</sup> Nous verrons, cependant, dans la section suivante ainsi que dans la deuxième partie, qu'une telle restriction est possible par la force d'attraction que la *Convention de Vienne* peut exercer sur l'arbitre de la CCI, et ce, parce qu'elle constitue une convention considérée comme réalisant un consensus universel.

surtout si elles en expriment le besoin. Le cas échéant, l'intime conviction de l'arbitre quant au caractère approprié du droit applicable au fond peut suffire. C'est ainsi que la mise en œuvre du principe de la liberté permet à l'arbitre de déboucher, lorsqu'il le souhaite, sur l'application de la *Convention de Vienne*. Ces développements permettent de mesurer l'ampleur du principe consacré par l'alinéa premier de l'article 17. Qu'en est-il du second alinéa?

Le second alinéa de l'article 17 consacre, quant à lui, la force obligatoire des usages commerciaux dans l'arbitrage de la CCI, sujet trop connu et sur lequel nous ne pouvons nous attarder. Compte tenu du caractère péremptoire des prescriptions de cette disposition et des rivages inconnus de la théorie des usages commerciaux, nous estimons que nous ne saurions y voir une limitation de la liberté des arbitres, mais plutôt un prolongement. En effet, cette disposition renforce la liberté des arbitres dans la considération de ce qui constitue ou non un usage commercial et, partant, la possibilité de voir dans la *Convention de Vienne* une codification des usages commerciaux. Par ailleurs, l'impératif fait à l'arbitre de toujours tenir compte des usages commerciaux s'explique par le fait que ces derniers sont, par leur nature même, appréhendés comme des règles appropriées<sup>20</sup>. La théorie de la *lex mercatoria* est basée sur cette conception<sup>21</sup>. L'usage commercial est généralement défini comme une pratique ancienne, généralisée et uniforme, ce qui lui permet d'être appliqué conformément au principe de prévisibilité. Cette pratique peut être ciblée, c'est-à-dire propre à certaines entreprises liées par des relations d'affaires habituelles, ou alors elle peut être ouverte, c'est-à-dire applicable sans surprise à un secteur et une branche commerciale donnés<sup>22</sup>. Les usages peuvent être considérés comme étant des normes *objectives* du commerce international et comme l'a si bien précisé un auteur : « *mercatorum stylus et consuetudo praevalere debet jure communi* »<sup>23</sup>. Cette phrase signifie que les clauses et les coutumes des marchands doivent prévaloir sur le droit commun; par conséquent, le tribunal arbitral qui applique les usages commerciaux doit justifier légalement sa décision. Tel est, à notre avis, le rôle de l'alinéa deuxième de l'article 17 du règlement d'arbitrage de la CCI.

La question qui surgit est celle de savoir comment la *Convention de Vienne*, dans son contenu, peut être appliquée à titre d'usages commerciaux. Il est intéressant d'observer la correspondance entre l'alinéa deuxième de l'article 17 du règlement

<sup>20</sup> Pour une synthèse pénétrante, voir Éric Loquin, « Où en est la *lex mercatoria*? » dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Khan*, Paris, Librairies techniques, 2000, 23.

<sup>21</sup> En ce sens, voir Philippe Khan, « Vers l'institutionnalisation de la *lex mercatoria* : à propos des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international » dans *Liber Amicorum : Commission droit et vie des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 125.

<sup>22</sup> Voir Loquin, *supra* note 20 et sa bibliographie; Yves Derains, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales » (1973) 3 *Rev. arb.* 1221 [Derains, « Le statut »]; Philippe Fouchard, « Les usages, l'arbitre et le juge » dans *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Librairies techniques, 1982, 67; Christopher R. Drahozal, « Commercial Norms, Commercial Codes, and International Commercial Arbitration » (2000) 33 *Vand. J. Transnat'L* 80.

<sup>23</sup> Casageris, tel que cité dans Charles Lyon-Caen et Louis Renault, *Traité de droit commercial*, t. 1., 3<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie Cotillon, 1898 au n<sup>o</sup> 82.

d'arbitrage de la CCI et l'article 9 de la *Convention de Vienne*. Cette dernière disposition consacre également la force obligatoire des usages commerciaux. Les auteurs considèrent par ailleurs que la *Convention de Vienne* elle-même n'est rien d'autre qu'une source codifiée de ces usages<sup>24</sup>, à côté des Incoterms ou encore des *Règles et usances uniformes sur les lettres de crédit*<sup>25</sup>. Ainsi, si la *Convention de Vienne* est porteuse d'usages commerciaux, nous comprenons dès lors la grande tentation, du point de vue des arbitres de la CCI, de l'appliquer à ce titre. Le terrain est particulièrement aisé puisque l'article 4, qui dispose que la *Convention de Vienne* ne régit pas la validité des usages, est par la même occasion esquivé. De cette manière, la *Convention de Vienne* est assimilée, en quelque sorte, à des règles et usages codifiés devenus normes de référence applicables même en l'absence d'un accord exprès entre les parties à cet égard. En effet, sauf stipulation contractuelle en sens contraire, dans le contexte des contrats internationaux, les parties sont présumées avoir accepté la mise en œuvre des usages commerciaux, considérés comme les normes objectives de leur secteur d'activités. Dans ce contexte, il suffit au tribunal arbitral de faire la preuve qu'une application de la *Convention de Vienne* à ce titre milite en faveur d'une expression tacite des parties au contrat par rapport auxquelles l'arbitre n'est qu'un relais permettant d'aboutir à la mise en œuvre de cette convention. C'est l'hypothèse du choix négatif où l'arbitre, se substituant aux parties, aboutit naturellement à la mise en œuvre des règles entrant dans la légitime prévision de celles-ci.

Dans la mesure où les arbitres de la CCI *doivent tenir compte, dans tous les cas*, des usages commerciaux, pourrions-nous, sous cet angle, considérer l'applicabilité de la *Convention de Vienne* comme fondée sur une *nécessité* tant les normes qu'elle contient semblent englober l'ensemble des cas et des litiges qui surgissent entre les opérateurs économiques dans le secteur de la vente internationale de marchandises? La réponse à cette question ne va pas sans critiques, lesquelles permettent néanmoins de tracer les contours du principe de la liberté des arbitres de la CCI.

Certes, reconnaître en droit une applicabilité par les arbitres internationaux de la *Convention de Vienne* en dehors de la volonté des parties fondée sur la *nécessité*, la *prévisibilité* et l'*adéquation* aux besoins du commerce international est de nature à limiter la liberté des arbitres internationaux en défaveur de cette convention. Partant d'une approche structurelle (*instrumentum*) ou substantielle (*negotium*) de la *Convention de Vienne*, nous découvrons que la liberté à son endroit se transforme

---

<sup>24</sup> Voir en général Alessandra Zanobetti, « À propos des usages du commerce international : quelques réflexions sur la pratique italienne » (2003) 3 J.D.I. 981 aux pp. 982 et s.

<sup>25</sup> Pour une application récente des usages commerciaux à ce titre, voir Déc. n° 9608 (1998-99), (2004) 4 JDI 1294 (Chambre de commerce internationale); voir l'étude particulièrement intéressante de Jean-Michel Jacquet, « Le droit de la vente internationale de marchandises : le mélange des sources dans la *Convention de Vienne* » dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Khan*, Paris, Librairies techniques, 2000, 75 [Jacquet]; Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque, *Droit du commerce international*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002 aux n<sup>os</sup> 130 et s.; Franco Ferrari, « *Trade Usages and Practices Established Between the Parties Under the CISG* » (2003) 5 R.D.A.I. 571, notamment ses références; Pascale Deumier, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002.

rapidement en devoir dont la conséquence directe implique que l'arbitre de la CCI ne puisse écarter la *Convention de Vienne* que s'il dispose de bonnes et sérieuses raisons de le faire. Or, il est presque certain que la mondialisation liée à l'internationalisation des ventes à l'exportation conduit à rétrécir la possibilité quant à l'existence de telles bonnes et sérieuses raisons. Toutefois, il y a des limites aux idées qui viennent d'être exposées.

En effet, sans prétendre épuiser le sujet, retenons que la pierre de touche dans tout système consacrant le libre choix du droit applicable par les parties ou par le juge du contrat est représentée par l'ordre public international, d'une part, et l'ordre juridique transnational, d'autre part. Il s'agit là aussi d'une question bien connue qui ne nécessite pas que nous nous y attardions longuement. Sur le premier point, observons simplement qu'une liberté sans limite permettrait aux arbitres d'éluder l'application des règles non seulement impératives, mais également d'ordre public. Ainsi, l'arbitre devra-t-il tenir compte d'une règle d'ordre public du pays du vendeur interdisant la fabrication ou l'exportation de l'objet du contrat soumis à la *Convention de Vienne*? Cet exemple illustre pourtant très bien combien il est délicat de trancher le conflit entre l'application de la *Convention de Vienne* en dehors de la volonté des parties et le respect de l'ordre public. En vérité, les lois d'arbitrage n'apportent pas de réponse et il est donc urgent que la doctrine et la jurisprudence élaborent des critères permettant d'éviter que l'application de la *Convention de Vienne* par les arbitres de la CCI en dehors de la volonté des parties ne devienne un instrument privilégié de fraude de la loi. Tel nous paraît être le cas, certes hypothétique, lorsque le choix de la *Convention de Vienne* semble être dicté par la volonté d'éluder l'application des dispositions nationales impératives ayant vocation à régir le contrat ou l'objet du litige. Il est toutefois évident que toutes les dispositions légales impératives ou d'ordre public internes ne sauraient l'emporter sur la liberté de choix reconnue aux arbitres par l'article 17 du règlement de la CCI. Seul l'ordre public, au sens du droit international privé, peut avoir pour effet de limiter la portée de cette liberté, car seule sa violation peut, dans la plupart des cas, entraîner l'annulation de la sentence ou le refus de sa reconnaissance. À cet égard, nous pouvons distinguer l'ordre public positif qui impose l'application de normes strictement impératives, dites de police ou d'application immédiate, de l'ordre public négatif ou d'éviction qui commande à l'arbitre d'écarter certaines règles qui violeraient l'ordre public international. Si nous ignorons la possibilité que certaines règles de la *Convention de Vienne* puissent heurter l'ordre public international dont le contrôle est, par ailleurs, généralement atténué, seule la première hypothèse mérite que nous nous y attardions. Nous qualifions de lois de police ou d'application immédiate celles dont le champ d'application résulte de leur but d'ordre public, indépendamment de toute règle de conflit. Elles sont censées, en particulier, échapper à toute élection de droit qui aurait pour effet d'en écarter l'application. Tel est le cas des lois visant la protection des intérêts vitaux d'un État. Ce type de lois est possible dans le cas d'une réglementation relative aux marchandises dangereuses. Nous le voyons, ces règles, qui sont tant de droit privé que de droit public, ont en commun le caractère impératif et de nécessité que leur attribue l'ordre juridique étatique qui les édicte. Il est évident que lorsque l'arbitre de la CCI choisit d'appliquer la *Convention de Vienne*, il n'est pas acquis que

celle-ci soit respectueuse de la même conception d'ordre public que celle en vigueur dans un État. Néanmoins, c'est seulement dans la mesure où la loi de police d'un État possède des liens étroits avec l'objet du litige qu'elle entend régir en poursuivant un but internationalement tenu pour légitime (ordre public international), ou encore universellement considéré comme telle par la communauté des États (ordre public transnational), qu'elle pourra être prise en compte ou appliquée.

Relativement à l'ordre public transnational, soit celui partagé par l'ensemble de la communauté mondiale des États, l'arbitre ne peut que les observer, sous peine non seulement de fragiliser sa sentence, mais également pour répondre à l'attente légitime des États qui leur reconnaissent le pouvoir de trancher même des litiges mettant en cause l'intérêt général. Il s'agirait de règles fondamentales reconnues comme telles par la plupart des États qui deviendraient assimilables à des règles transnationales et non pas seulement celles issues d'un État donné. À ce titre, elles délimiteraient le seuil de la tolérance accordée par les États au pouvoir d'autorégulation de la société marchande, de ses institutions et autres composantes (arbitrage, arbitres, usages, etc.) : en deçà de celles-ci, les divers acteurs de la société marchande seraient libres de régler leurs relations et litiges suivant leurs propres méthodes, l'État n'intervenant que si cette limite de tolérance est franchie. Du reste, la théorie de l'ordre public transnational est bien indiquée suivant l'hypothèse de notre étude, notamment dans les situations où l'arbitre de la CCI, contournant l'applicabilité de la *Convention de Vienne* par le biais des règles de droit international privé, aboutit néanmoins à sa mise en œuvre grâce à des méthodes plus autonomes comme nous le verrons dans la deuxième partie.

Après avoir suffisamment discuté du contenu et des limites du principe de la liberté des arbitres de la CCI, il convient, dans les lignes qui suivent, de mesurer l'ampleur de sa mise en œuvre au regard de la *Convention de Vienne*. Toutefois, il faudra garder à l'esprit la synthèse suivante : l'article 17, à notre avis, comporte en son sein tout un amalgame de méthodes. En effet, il n'écarte nullement la possibilité de déterminer le droit applicable dans un contexte de vente internationale par le détour des conflits de lois. Il ajoute seulement à la méthode indirecte (cumulative ou non) une méthode directe permettant le choix par l'arbitre du droit substantiel sans passer par une technique de conflit de lois. Dès lors, les possibilités suivantes subsistent : l'application de la *Convention de Vienne* à partir de règles de conflit de lois unifiées ou non, à partir des indications de droit international privé issues de cette même convention et ce, conformément à son article premier, ou encore, à partir de la méthode directe couplée du renfort apporté par la théorie des usages commerciaux. Vérifions ces possibilités à la lumière de la jurisprudence des arbitres de la CCI.

## **II. La mise en œuvre de la *Convention de Vienne* par les arbitres de la CCI : quelle prévisibilité?**

Compte tenu des prémisses que nous avons dégagées dans la première partie, il importe d'examiner, d'une part, la jurisprudence afin de vérifier si la démarche des arbitres de la CCI suit la trame des méthodes posées par l'article 17 du règlement

d'arbitrage. D'autre part, nous tenterons également d'identifier les critères qui permettent d'établir un certain degré de prévisibilité dans l'applicabilité de la *Convention de Vienne* devant les arbitres de la CCI. Par ailleurs, nous avons vu que l'arbitre de la CCI n'a pas de for, ce qui l'oblige généralement à fournir un effort d'intégration dans la recherche du droit applicable. La solution qui nous vient alors à l'esprit consiste à savoir dans quelle mesure la *Convention de Vienne* pourrait être considérée comme un substitut de l'ordre juridique transnational. Autrement dit, la possibilité de retenir la *Convention de Vienne* comme une espèce de *lex fori* arbitrale peut-elle être soutenue? L'arbitre de la CCI faisant face à des situations impliquant « [l]a confrontation subtile de traditions juridiques différentes [et le] respect mesuré des cultures »<sup>26</sup>, la *Convention de Vienne* représente-t-elle à cet égard un terrain fertile susceptible d'exercer une force d'attraction sur les arbitres de la CCI?

#### A. Les leçons de la jurisprudence arbitrale de la CCI

Avant de procéder à l'étude de l'application de la *Convention de Vienne* par les arbitres de la CCI en dehors de la volonté des parties, à la lumière de la jurisprudence arbitrale, rappelons, une fois de plus, que la majorité des sentences concernées sont antérieures à l'avènement du règlement d'arbitrage de 1998. Cela ne saurait surprendre puisque la méthode indirecte est reconduite, même avec l'article 17. Le *statu quo* est donc de mise aussi bien pour les sentences antérieures qui seront examinées que celles postérieures au règlement de 1998. Il faudra simplement avoir à l'esprit la possibilité que certaines sentences référant à la méthode directe puissent être glissées, d'autant plus que le règlement de 1998 prévoit la possibilité pour les arbitres de la CCI d'opter en faveur d'une quelconque loi sans utilisation de règle de conflit. Cela étant dit, que nous enseigne la jurisprudence des arbitres de la CCI?

Selon son article premier, la *Convention de Vienne* ne s'applique devant le juge étatique que si ce dernier se trouve en face d'un contrat de vente entre deux parties ayant leur établissement respectif dans des États différents (critère d'internationalité<sup>27</sup>) et si ces États l'ont ratifiée (critère géographique<sup>28</sup>). À défaut, la *Convention de Vienne* s'applique également lorsque le droit d'un État qui l'a ratifiée est désigné par les règles de droit international privé (critère juridique). La position transnationale de l'arbitre le prédispose, plus facilement que le juge d'un État non

<sup>26</sup> Matthieu de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Paris, GLN, 1990 à la p. 9.

<sup>27</sup> Sur ce critère, voir Jean-Luc Elhoueiss, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé » (2003) 1 J.D.I. 39 aux pp. 77-78 traitant de la *Convention de Vienne*; Isabelle Rueda, « Réflexions sur la notion d'internationalité en droit » (2003) 1 RRJ 107 aux pp.113-14; Eric Wyler, « L'internationalité en droit international public » (2004) 3 R.G.D.I.P. 663. Contrairement à son intitulé, cette étude examine la notion d'internationalité autant sous l'angle du droit international privé que du droit international public. L'auteur conclut dans sa dernière partie consacrée à l'internationalité selon la mondialisation que celle-ci combine les approches de droit privé et de droit public pour déboucher sur une réalité beaucoup plus *transnationale*.

<sup>28</sup> Sur le critère particulier de l'établissement, voir l'étude très récente de Sylvain Mercoli, « La notion d'établissement en droit privé. Esquisse d'une localisation mutuelle des sujets de droit » (2003) 1 RRJ. 149.

contractant, à se laisser guider par les prescriptions de l'article premier de la *Convention de Vienne*. À notre avis, il en découle deux attitudes possibles.

La première attitude consiste pour l'arbitre à fonder l'applicabilité de la *Convention de Vienne* sur des indications tirées du critère géographique, ainsi qu'en témoignait déjà la jurisprudence antérieure<sup>29</sup> au règlement d'arbitrage de la CCI de 1998. À cet égard, il lui suffit de constater que le contrat est international au sens où les parties ont leur établissement respectif dans des États différents. Suit alors la vérification basée sur le fait que les États dans lesquels la relation contractuelle est localisée ont tous deux ratifié la *Convention de Vienne*. Nous pouvons dire que la règle de droit international privé ainsi tirée de la *Convention de Vienne* et qui justifie cette démarche possède la facture d'une règle d'application immédiate<sup>30</sup>. La relation contractuelle étant localisée dans le champ d'intervention de la *Convention de Vienne*, l'arbitre n'a qu'à appliquer celle-ci. Il n'a besoin d'exercer sa liberté pour échapper aux droits étatiques que lorsque cela est nécessaire, par exemple dans l'éventualité d'une absence de neutralité. Or ici, en plus de constituer le *droit commun des parties* au litige, la *Convention de Vienne* satisfait également le critère de *neutralité* souhaité. La sentence de la CCI n° 8128 de 1995<sup>31</sup> en est une illustration. En l'espèce, la *Convention de Vienne* est appliquée au motif que les différents pays entretenant un lien avec le contrat et le litige l'ont ratifiée. Qu'advient-il lorsque le premier critère tiré de la *Convention de Vienne* ne fonctionne pas? L'arbitre peut adopter une deuxième attitude.

<sup>29</sup> Voir Déc. n° 7153 (1992), (1992) 4 J.D.I. 1005 aux pp. 1006 et s. (Chambre de commerce internationale). Voir également Déc. n° 7399 (1993), (1995) 6 Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI 68 (Chambre de commerce internationale); Déc. n° 7531 (1994), (1995) 6 Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI 67 (Chambre de commerce internationale); Déc. n° 7844 (1994), (1995) 6 Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI 72 (Chambre de commerce internationale).

<sup>30</sup> Voir Bernard Audit, « Le droit international privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : progrès ou recul? » (1998) 2 R.I.D.C. 421 à la p. 444; Bruno Oppetit, « Le droit international privé, droit savant » (1992) 234 Rec. des Cours 331 à la p. 380.

<sup>31</sup> Déc. n° 8128 (1995), (1996) 4 J.D.I. 1024 aux pp. 1024-25 (Chambre de commerce internationale). Voici l'intégralité des motifs des arbitres :

a) Le contrat entre les parties ne contient pas de clause sur le droit applicable [...]. L'arbitre doit dès lors déterminer le droit applicable d'après l'article 13 (3) du règlement d'arbitrage de la CCI.

b) Les différentes possibilités sont le droit autrichien, qui s'applique au lieu du siège du défendeur en tant que vendeur, le droit suisse, qui s'applique au lieu du siège du demandeur en tant qu'acheteur [...]. On doit également mentionner la possibilité d'appliquer le droit ukrainien parce que le demandeur devait expédier en Ukraine les sacs qu'il avait l'obligation de fournir et que le défendeur [...] souhaitait compléter les livraisons qu'il devait faire avec l'aide [de son fournisseur ukrainien].

c) La Suisse, l'Autriche [...] et l'Ukraine sont toutes signataires de la *Convention des Nations unies sur [les contrats de] vente internationale de marchandises*. Dans chacun de ces pays, la convention est entrée en vigueur avant la date de signature du contrat par les parties.

d) Ce contrat est un contrat de vente ainsi que cela ressort clairement de la désignation des parties en tant qu'acheteur (demandeur) et vendeur (défendeur). De plus, le préambule du contrat selon lequel « le vendeur vend et l'acheteur achète le produit suivant aux conditions suivantes » est sans équivoque.

e) Le contrat signé entre les parties répond aux conditions de l'article 1 (1)(a) de la *Convention de Vienne* selon lequel celle-ci s'applique aux contrats de vente entre des parties établies dans différents États si ces États sont des États contractants. Dès lors, les dispositions de la convention s'appliquent au litige faisant l'objet de la présente procédure arbitrale [...].



Il s'agit alors pour l'arbitre d'utiliser le détour par les règles de droit international privé, ou mieux, de conflit de lois comme prévu à l'article 1.1 (b) de la *Convention de Vienne*. La méthode la plus neutre à cet égard est celle de l'application cumulative des règles de conflit des systèmes intéressés au litige, en l'occurrence celles relevant des États respectifs des parties au litige. Si ces règles de conflit convergent vers le droit d'un État qui a ratifié la *Convention de Vienne*, l'arbitre applique celle-ci<sup>32</sup>. L'application de la *Convention de Vienne* par cette logique pure de droit international privé est encore plus aisée lorsque les parties au litige ont leur établissement respectif dans des pays qui ont ratifié une convention internationale unifiant les règles de conflit de lois. C'est le cas des pays membres de la Communauté économique européenne qui adhèrent à la *Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels* ou encore à la *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*<sup>33</sup>. Étant donné que ces pays ont ratifié la *Convention de Vienne*, celle-ci sera généralement applicable. Ces deux approches de la méthode cumulative ont été utilisées par les arbitres.

La première répond parfaitement au souci de neutralité des arbitres de la CCI, comme nous l'avons déjà évoqué. La mise en œuvre de l'article 1.1 (b) par le biais de cette approche cumulative ne fonctionne cependant que lorsque les règles de droit international privé des systèmes intéressés au litige concourent toutes à la désignation d'un même droit substantiel intégrant la *Convention de Vienne* ou lorsque les différents droits substantiels ainsi désignés incorporent tous cette convention dans leur système juridique respectif. Le fonctionnement de la méthode assure, en matière d'arbitrage international, une grande *parité* possible entre les États intéressés au litige, selon la sentence de la CCI n° 7197 de 1993 concernant un vendeur autrichien et un acheteur bulgare en relation d'affaires depuis plusieurs années. Dans la recherche du droit applicable, l'arbitre interroge cumulativement les règles du droit international privé autrichiennes et bulgares. Selon l'arbitre :

[I]l convient de s'orienter en premier lieu vers une application des règles de conflit des droits autrichien et bulgare, c'est-à-dire au droit international privé applicable aux sièges respectifs des parties. [...] Comme il est indiqué ci-dessus, les règles du droit international privé autrichien ainsi que le droit international privé bulgare conduisent à l'application du droit autrichien. L'Autriche n'a pas exercé son droit de réserve de l'article 95 de la CISG [*Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*]. Au moment de la conclusion du contrat, la CISG était déjà

<sup>32</sup> Voir Déc. n° 8324 (1995), (1996) 4 J.D.I. 1019 (Chambre de commerce internationale).

<sup>33</sup> *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, 19 juin 1980, J.O. L. 266/1 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> avril 1991); *Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels*, 15 juin 1955, 834 R.T.N.U. 107 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> juillet 1964) [*Convention de La Haye*]. En effet, dans le cadre européen, la *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles* donne compétence à la loi de la partie qui fournit la prestation caractéristique, c'est-à-dire la loi du vendeur dans le cas d'une vente, ce qui justifie l'applicabilité de la *Convention de Vienne* lorsque le pays du vendeur est un État signataire de celle-ci. Quant à l'hypothèse où les parties, établies dans des États contractants différents, désignent la loi d'un de ces États, il ne s'agit là que d'une confirmation du résultat produit par la mise en œuvre de l'article 1.1 (a).

en vigueur en Autriche (art. 100 CISG). Ainsi, la condition d'application de l'article 1, alinéa 1 lit. b CISG est remplie et, de ce fait, le contrat litigieux est régi par la CISG.<sup>34</sup>

Quant à la deuxième variante de l'approche cumulative, celle visant la situation où les pays du vendeur et de l'acheteur adhèrent à une convention internationale unifiant les règles de conflit de lois, la sentence rendue en 1994 nous renseigne effectivement sur la facilité qui en découle quant à la quête par l'arbitre de la loi appropriée au litige. En effet, en l'espèce l'arbitre justifie le choix de la *Convention de Vienne* en ces termes :

Dans le cas présent, la règle de conflit est facile à déterminer, car les États concernés, l'Italie et la Finlande, ont tous deux ratifié la *Convention de La Haye sur le droit applicable aux contrats de vente internationale de marchandises* conclue le 15 juin 1955. [...] Et la *Convention [de Vienne]* doit être appliquée à titre de loi, car la règle de conflit de loi exprimée dans la *Convention de La Haye de 1955* désigne le droit italien qui, après ratification de la *Convention de Vienne* [...], a incorporé les dispositions de cette Convention en droit interne.<sup>35</sup>

Mais en l'absence d'un tel accord sur des règles unifiées de conflit de lois entre les États, il faut se tourner vers une solution plus autonome. En quoi consiste-t-elle?

La solution autonome consiste à éviter de faire dépendre les règles appliquées au fond de l'entrée en jeu d'une règle de conflit de lois qui ne débouche généralement que sur un droit interne. La conception repose sur la considération que la théorie des conflits de lois a été conçue différemment dans les divers États et à l'intérieur même des États elle a souvent été l'un des domaines où se sont produits des affrontements violents, fondés sur des oppositions de principe, et parfois des rivalités d'écoles, pour ne pas dire de personnes. Dans ce contexte, nul ne pourrait dire à l'avance aux commerçants qui ont conclu un contrat international de vente par quel droit national ce contrat serait régi; la réponse à cette question est donnée en fonction du tribunal saisi. Mais personne ne peut dire non plus, en dehors de clauses d'élection de for, quel sera ce tribunal. Tout ce que peuvent dire les juristes aux commerçants, c'est que, selon que telle ou telle juridiction soit saisie, tel ou tel droit sera appliqué en fonction des règles de conflit, mais aussi que suivant les divers droits dont on peut imaginer qu'ils puissent être appliqués, des règles de fond différentes prévaudront. Ces diverses questions qui relèvent parfois du mythe en relèvent-elles réellement lors d'une application directe de la *Convention de Vienne* par les arbitres de la CCI?

---

<sup>34</sup> Déc. n° 7197 (1992), (1993) 4 J.D.I. 1029 aux pp. 1030-31 (Chambre de commerce internationale).

<sup>35</sup> Déc. n° 7585 (1994), (1995) 4 J.D.I. 1015 aux pp. 1016-17 (Chambre de commerce internationale).

Rappelons que, bien avant son entrée en vigueur, les arbitres de la CCI avaient appliqué la *Convention de Vienne* au motif que celle-ci « allait très vite faire l'objet d'un consensus universel »<sup>36</sup>. Le choix direct de la *Convention de Vienne* pour régir le contrat présente certes un atout important. En effet, le choix de la loi applicable au fond constitue un point de négociation délicat dans la vente internationale, car chacune des parties cherche habituellement à imposer sa loi nationale qui lui est, par hypothèse, connue. Même lorsque les parties ne parviennent pas à désigner expressément une loi nationale précise en raison de leur désir d'éviter d'avantager la partie adverse, celles-ci ne renoncent pas pour autant aux avantages d'une applicabilité de la *Convention de Vienne*. Dans un tel cas, il est compréhensible que l'arbitre recherche la loi dite appropriée au sein d'un *système qui transcende les ordres juridiques internes* en concurrence. Le système le plus neutre à cet égard et qui garantit, par ailleurs, le plus de sécurité juridique est celui représenté par la *Convention de Vienne*. Il arrive que certains indices se retrouvant dans le contrat permettent à l'arbitre de dégager l'intention implicite des parties quant au caractère approprié des règles transnationales contenues dans la *Convention de Vienne*. À cet égard, l'argument de la délocalisation du contrat par application de la *Convention de Vienne* au motif que les parties ont déjà opté pour les usages commerciaux a fait récemment l'objet d'une consécration ayant suscité la critique. En effet, dans la sentence de la CCI n° 8501 de 2001, en l'absence de choix exprès par les parties d'une loi du contrat et en présence de références, d'une part, aux Incoterms et, d'autre part, aux Règles et usances uniformes sur le crédit documentaire (RUU 500), les arbitres ont estimé qu'il fallait appliquer aux contrats litigieux « [les] principes du commerce international généralement admis »<sup>37</sup>. Selon le tribunal :

les principes consacrés par la *Convention de Vienne* correspondent aux règles et usages du commerce largement admis. Bien que la *Convention de Vienne* ne soit pas en tant que telle applicable aux contrats ([l'État de la défenderesse] n'ayant pas ratifié cette convention), le Tribunal arbitral estime qu'il peut faire référence à ses dispositions comme l'expression des usages du monde du commerce international.<sup>38</sup>

Plusieurs autres sentences ont suivi la même démarche<sup>39</sup>. En particulier, dans la sentence de la CCI n° 7331 de 1994<sup>40</sup>, le motif principal retenu par l'arbitre pour l'application de la *Convention de Vienne* est que celle-ci intègre les principes généraux du droit. Alors que le demandeur soutenait que la loi du vendeur, y compris la *Convention de Vienne* incorporée dans celle-ci, devait s'appliquer, l'acheteur, quant

<sup>36</sup> Déc. n° 6281 (1989), (1991) 4 J.D.I. 1054 à la p. 1058 (Chambre de commerce internationale).

<sup>37</sup> Déc. n° 8501, (2001) 4 J.D.I. 1164 à la p. 1167 (Chambre de commerce internationale).

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> En ce sens, voir Déc. n° 9392 (1998), 26 Y.B. Comm. Arb. 13 (Chambre d'arbitrage de Paris); Déc. n° 9426 (1998), 26 Y.B. Comm. Arb. 13 (Chambre d'arbitrage de Paris); Déc. n° 5713 (1989), 15 Y.B. Comm. Arb. 70 (Chambre de commerce internationale); Déc. n° 6653 (1993), (1993) 4 J.D.I. 1053 (Chambre de commerce internationale). Notons que l'antériorité de certaines des sentences citées par rapport à l'avènement en 1998 du nouveau règlement d'arbitrage est de nature à faire croire que la CCI n'a fait que codifier à travers l'article 17 une pratique déjà éprouvée.

<sup>40</sup> Déc. n° 7331 (1994), (1995) 4 J.D.I. 1001 (Chambre de commerce internationale).

à lui, excluait l'intervention d'un droit national au profit des principes généraux. L'arbitre a trouvé dans la *Convention de Vienne* un terrain de conciliation entre les parties<sup>41</sup>.

Cette dernière catégorie de sentences ne va pas sans susciter la critique. En effet, avec pareille démarche, nous ne voyons plus où se situent les limites de la *Convention de Vienne*. La porte devient ainsi grande ouverte à des prorogations du champ d'application de cette convention; d'un point de vue théorique, nous pouvons cependant nous y objecter en opinant qu'une telle prorogation du champ d'application de la *Convention de Vienne* n'est pas surprenante, puisque les parties au contrat jouissent d'une telle possibilité selon l'article 6 de cette convention. Dans la mesure où les parties n'ont pas exercé un tel pouvoir de prorogation, l'arbitre, se substituant à elles, ne peut-il pas l'entreprendre dans sa quête de la règle de droit appropriée? En effet, dans nombre de cas, nous observons que la délimitation du champ d'application de la *Convention de Vienne* est liée à des considérations politiques, résultant du compromis interétatique, alors même qu'aucun obstacle d'ordre impératif ne semble empêcher sa mise en œuvre. Dès lors, l'arbitre peut proroger le champ d'application s'il estime que la *Convention de Vienne* renferme la règle de droit appropriée. Mais cette justification peut ne pas satisfaire les esprits critiques ni sécuriser certains marchands. Par conséquent, l'idée que les arbitres devraient respecter les limites de la sphère internationalement négociée du champ d'application de la *Convention de Vienne* demeure totale.

La considération d'ensemble que nous pouvons tirer des diverses sentences analysées se résume au fait que la mise en œuvre de la *Convention de Vienne* se justifie par le fait que celle-ci apporte au règlement des litiges une *neutralité* quant au droit applicable et une *parité* de traitement entre les parties. À notre avis, ces deux éléments de justification ou de prévisibilité se recourent. L'autre considération à retenir est l'utilisation de la *Convention de Vienne* au simple motif que celle-ci *incorpore des usages et des principes généraux*.

D'un autre côté, l'échantillon de sentences appliquant la *Convention de Vienne* et ayant permis de dessiner ce contexte de justification par les arbitres de la CCI nous paraît insuffisant dans les motivations mêmes qui en découlent pour satisfaire le commun des marchands. En effet, ces motivations sont vagues et méritent

---

<sup>41</sup> À ce sujet, voir *Ibid.* à la p. 1002 :

a) Le tribunal est d'accord avec le défendeur que les principes généraux du droit commercial international et les usages acceptés dans la pratique commerciale internationale, y compris le principe de bonne foi, devraient régir le différend. Le tribunal estime que pour le présent litige, ces principes et ces usages reconnus sont contenus de la manière la plus complète dans la *Convention des Nations unies sur [les contrats de] vente internationale de marchandises*, dont, comme on l'a souligné plus haut, le demandeur a évoqué l'incorporation dans la « *lex loci venditoris* ». Le thème majeur de la *Convention de Vienne* est le rôle du contrat interprété à la lumière de la pratique et des usages commerciaux. La convention est le résultat d'un accord interétatique, fruit d'une collaboration sur plus d'une décennie [...].

b) L'application de la *Convention de Vienne* au présent litige est d'autant plus pertinente que la Yougoslavie et l'Italie sont signataires de celle-ci. La *Convention de Vienne* est entrée en vigueur pour la Yougoslavie et l'Italie [...]. Ainsi, dans la mesure où la *Convention de Vienne* contient des dispositions pertinentes pour le litige, le tribunal les prendra en considération.

d'être précisées à travers un autre critère dont la prise en compte pourrait contribuer à rendre plus prévisible l'applicabilité de la *Convention de Vienne* devant les arbitres de la CCI. Il s'agit de la satisfaction des besoins marchands qui se situe au cœur même de la *Convention de Vienne* et qui constitue aussi une des préoccupations des arbitres de la CCI.

Dans le domaine d'étude qui nous intéresse, force est de constater que la pratique précède généralement les constructions doctrinales ou la théorie. Cette pratique est même très souvent en avance sur l'intervention des législateurs dont les règles ne visent qu'à encadrer, après coup, une conduite déjà enracinée dans les relations habituelles d'affaires entre marchands. Ainsi, l'intérêt pratique de l'application de la *Convention de Vienne* par les arbitres internationaux en dehors de la volonté des parties est double. Il découle toujours des *besoins des marchands* que l'arbitrage cherche à accommoder et il provient également du fait que la satisfaction de ces mêmes besoins marchands se situe au cœur même de la *Convention de Vienne*. Ainsi, la satisfaction des besoins marchands, critère de prévisibilité, atteste par ailleurs le fait que la notion d'*intérêts du commerce international* n'est pas un mythe, mais une réalité. Comment cela se manifeste-t-il concrètement dans l'arbitrage et dans la *Convention de Vienne*?

Il est nécessaire de rappeler la définition que l'on donne habituellement à l'arbitrage international afin de mieux expliquer pourquoi les arbitres s'efforcent, en quelque sorte, de répondre aux besoins des marchands en se référant à la *Convention de Vienne* lorsqu'un litige portant sur la vente leur est soumis. L'arbitrage est un mode juridictionnel de règlement des litiges choisi par une ou plusieurs personnes en vue de faire trancher les différends qui les opposent par une ou plusieurs autres personnes nommées arbitres, lesquels tirent la légitimité de leurs pouvoirs d'une convention d'arbitrage convenue entre les parties. La justice arbitrale se distingue ainsi de la justice étatique<sup>42</sup>. En optant pour l'arbitrage dans les litiges mettant en cause les intérêts du commerce international<sup>43</sup>, les marchands reconnaissent ainsi les rôles considérables que joue cette technique dans le commerce international à notre époque. Parmi ces rôles, fonctions ou avantages, il s'en trouve un qui apparaît comme répondant particulièrement aux besoins des marchands mieux que n'y parvient la justice étatique : la flexibilité quant à la recherche du droit applicable au fond et à la procédure. C'est ce qui fait que l'arbitrage acquiert véritablement son autonomie par rapport aux systèmes judiciaires étatiques. En effet, les juridictions arbitrales peuvent voir leur existence reconnue et leurs décisions sanctionnées dans les différents droits étatiques. Elles ne sont cependant pas intégrées dans l'administration étatique de la justice.

La raison qui pousse ainsi les marchands à convenir d'un règlement de leurs litiges par voie d'arbitrage est donc, sous l'angle qui vient d'être indiqué, le désir de voir leurs contestations résolues, quant au fond, autrement qu'elles ne le seraient si justice était rendue par un juge national. Tandis que ce dernier applique le droit qui lui

---

<sup>42</sup> Sur la différence entre justice arbitrale et justice étatique, voir Bruno Oppetit, « Justice étatique et justice arbitrale » dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Librairies techniques, 1991, 415.

<sup>43</sup> Telle est la définition, aujourd'hui communément acceptée, de l'internationalité en matière d'arbitrage.

est prescrit par son État, les parties souhaitent voir s'appliquer à leur relation un autre droit, lequel est dit plus neutre et plus approprié à leurs transactions (droit commercial fondé sur les usages commerciaux, droit transnational ou *lex mercatoria*). C'est là que la *Convention de Vienne* entre en jeu pour satisfaire ce besoin de neutralité et servir de loi appropriée. En effet, les critères d'applicabilité de cette convention ne sont pas exactement les mêmes devant le juge d'un État que devant l'arbitre. Comme nous allons le constater plus loin, il y a une possibilité d'élargissement devant l'arbitre, soit des critères d'applicabilité de la *Convention de Vienne*, soit d'une prorogation mesurée de son champ matériel d'application.

Nous nous situons au cœur même, du point de vue des entreprises, des motivations qui sous-tendent le recours à l'arbitrage : atténuation du formalisme et aspiration à une justice mieux administrée au sens de la flexibilité dans la détermination du droit applicable. Dans la mesure où les marchands manifestent le désir de soustraire leur relation contractuelle de l'emprise des ordres juridiques étatiques dont le droit n'est point conçu pour répondre à leurs types d'activités, pourquoi l'arbitre n'appliquerait-il pas la *Convention de Vienne* en tant qu'ensemble de normes objectives des contrats de vente internationale? Ce processus d'objectivation, impossible devant le juge étatique, ne répond-il pas aux attentes légitimes des marchands du fait de l'adéquation des règles ainsi appliquées? C'est là une marque de flexibilité que de parvenir à restaurer une harmonie dans des situations où les parties au contrat n'avaient pas réussi à s'entendre sur la loi applicable. Toutefois, il reste une autre étape de justification : en quoi la *Convention de Vienne* serait-elle le droit approprié satisfaisant l'aspiration des marchands à un droit proprement adapté à leurs besoins?

Sur ce deuxième élément de justification pratique relatif à la *Convention de Vienne* et aux besoins des marchands, nous pouvons dire que les besoins des marchands ont été enrichis depuis l'avènement de la *Convention de Vienne*. Si nous pouvons y voir la marque d'une *politique juridique* visant à une délocalisation du contrat au niveau du régime juridique applicable, il n'en demeure pas moins que la *Convention de Vienne* s'impose généralement à cause de la supériorité intrinsèque de ses règles. Elle constitue le reflet, le mot n'est pas fort, d'un vœu jadis souligné par René David :

[i]l est contraire à l'ordre naturel des choses que des rapports de droit internationaux soient gouvernés par des droits nationaux. Dans une société bien conçue, ces rapports devraient être réglés directement par le droit international.<sup>44</sup>

Ce passage mérite quelques précisions.

D'une part, en marge des engagements interétatiques, le succès rencontré par la *Convention de Vienne*, tant au niveau de la *societas mercatorum* qu'au niveau des arbitres, peut s'expliquer, dans une certaine mesure, de la manière qui précède. Cela implique que l'adéquation de la *Convention de Vienne* aux contrats de vente internationale est devenue un fait depuis que la communauté internationale des États

---

<sup>44</sup> René David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, Economica, 1982 à la p. 104.

réunie dans le cadre des Nations unies l'a adoptée. Loi jugée neutre et tenant en équilibre les intérêts des parties au contrat, la *Convention de Vienne* tire également sa spécificité du mélange des sources qu'elle réalise mieux que ne l'a fait aucun autre instrument d'unification du droit. La question a déjà fait l'objet d'une étude à laquelle nous ne pouvons que renvoyer<sup>45</sup>.

D'autre part, la diversité des systèmes juridiques est toujours perçue comme un obstacle au commerce international. C'est la raison pour laquelle les parties aux contrats internationaux ne parviennent généralement pas à un choix de loi nationale, jugée trop étatisée à leur sens. Or, la *Convention de Vienne*, quant à elle, marque l'avènement d'un phénomène nouveau : la possibilité de dépassement des frontières nationales. Comme l'écrivait René David en 1950,

[I]es juristes ont perdu de vue la grande communauté scientifique qui les unissait. Seule de toutes les sciences, la science du droit a cru fausement qu'elle pouvait être nationale. Alors que les théologiens, les historiens, les médecins, les chimistes, les astronomes et tous autres hommes de sciences rougiraient d'ignorer les progrès que leur science accomplit à l'étranger, les juristes se sont cantonnés dans l'étude de leur droit national.<sup>46</sup>

Enfin, nous sommes maintenant portés à croire que la *Convention de Vienne* sonne le glas de cette époque. Son succès montre qu'en vérité l'*unité* du droit de la vente internationale est possible et qu'une conciliation entre les intérêts des marchands et ceux des États n'est pas vaine. De ce point de vue, la *Convention de Vienne* joue avant tout un rôle négatif : éviter que les problèmes qui mettent en cause les *intérêts du commerce international* et qui *ne heurtent pas l'ordre public étatique* soient réglés par un droit national conçu pour des transactions locales. Partant, les marchands retrouvent précisément dans ce compromis beaucoup d'avantages. Citons par exemple le particularisme des règles gouvernant l'interprétation du contrat, l'étendue de la garantie due par une partie quant au paiement ou à la conformité des produits, le régime spécifique de livraison et de transfert de risques dans un contexte qui s'accompagne en général d'un transport international, la flexibilité et le maintien dus en l'absence d'une contravention essentielle ou la résolution unilatérale (souvent anticipée), notamment après l'allocation d'un délai supplémentaire demeuré sans suite, l'effet d'une clause limitative de responsabilité insérée au contrat, la priorité accordée aux usages commerciaux, le mode d'évaluation des dommages-intérêts en cas d'inexécution, l'effet libératoire de certaines circonstances extérieures, irrésistibles et imprévisibles, les obligations de renseignement, de coopération, de réaction rapide et de minimisation du préjudice subi ou encore la bonne foi et le statut des usages commerciaux<sup>47</sup>, pour ne citer que ceux-là.

---

<sup>45</sup> Voir Jacquet, *supra* note 25.

<sup>46</sup> René David, *Traité élémentaire de droit civil comparé : introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950 à la p. III.

<sup>47</sup> Contrairement à certains droits nationaux, la *Convention de Vienne* accorde priorité aux usages. Du reste, dans l'arbitrage de la CCI, les usages occupent un rang supérieur. En ce sens, voir Derains, « Le statut », *supra* note 22 à la p. 1222.

Nous pourrions multiplier les exemples, mais attardons-nous plutôt sur le rôle des usages qui, loin d'être le moindre, milite fortement en faveur de la prise en compte des besoins marchands par la *Convention de Vienne*. Les législateurs nationaux n'ont pris que rarement en considération la spécificité des ventes internationales. Les règles édictées ne répondent qu'aux besoins du commerce interne et ne sont donc pas appropriées à ces transactions. Ainsi, quelles conséquences s'attachent, par exemple, au refus d'une licence d'exportation? Qui doit supporter une augmentation des droits de douane? Même si la *Convention de Vienne* n'apporte pas directement une réponse à ces questions, elle établit une hiérarchie des normes qui permet de les résoudre : c'est pourquoi elle prévoit que le contrat et les usages commerciaux priment sur ses propres règles (articles 6 et 9). La référence à des termes de commerce comme dispositions contractuelles ou comme usages vient alors en renfort. À défaut, les principes généraux dont la *Convention de Vienne* s'inspire s'appliquent (article 7, alinéa 2). Dès lors, comment s'étonner que, dans ces conditions, les marchands aient tourné leurs regards vers l'arbitrage de la CCI, qui privilégie la mise en œuvre de la *Convention de Vienne*? L'une des missions des arbitres consiste, en délaissant parfois la subtilité des conflits de lois, à apporter au litige une solution mesurée en conformité avec les besoins des marchands (essentiellement le respect de la bonne foi telle qu'ils la comprennent). La *Convention de Vienne* permet, d'une manière ou d'une autre, d'atteindre ces buts.

Si les propos qui précèdent peuvent aider à mieux saisir, d'une manière ou d'une autre et dans le contexte de l'arbitrage de la CCI, le degré plus ou moins élevé d'application de la *Convention de Vienne* en dehors de la volonté des parties, nous ne prétendons pas pour autant que cette convention soit parfaite. Seulement, il s'agit d'une loi dont les vertus propres lui confèrent, aux yeux de l'arbitre, le statut d'un ensemble de règles appropriées respectant, par ailleurs, les règles d'ordre public étatique (l'article 4, par exemple, ainsi que les vices de consentement absents du chapitre relatif à la formation du contrat). Elle est cependant perfectible sur certains points tels que l'absence d'un taux fixe pour les intérêts moratoires, les conséquences d'une non-conformité des documents de la vente transférés par le vendeur à l'acheteur, le statut des clauses pénales, etc. Certains auteurs pourraient certes nous contredire en soutenant que l'article 7 prévoit une technique de comblement des lacunes, mais celle-ci est loin d'être certaine et simple, et sa mise en œuvre ne manquera pas de continuer à diviser la doctrine. Le sens de notre propos n'est donc pas de dire que la *Convention de Vienne* est ce qu'il y a de meilleur, mais plutôt qu'elle représente le texte qui rapproche le plus les systèmes juridiques, remédiant ainsi à l'un des obstacles au commerce international : d'une part, la diversité des droits, source d'insécurité pour les entreprises, d'autre part, le fait que son contenu soit orienté vers la satisfaction des besoins marchands. L'ensemble de ces considérations contribue à rendre prévisible, au moins d'une manière hypothétique, sa mise en œuvre devant l'arbitre de la CCI.

Comme nous l'avons vu, divers moyens permettent aux arbitres de la CCI d'appliquer la *Convention de Vienne* lorsqu'ils le souhaitent. Parmi ces moyens, la méthode directe peut surprendre, car elle génère un risque d'arbitraire. Si nous entreprenons de discuter de ce risque, il devient nécessaire, pour réduire toute



anarchie, de considérer la *Convention de Vienne* comme un succédané de l'ordre juridique arbitral ou transnational.

## **B. Pour une représentation de la *Convention de Vienne* comme substitut de l'ordre juridique transnational : vers une *lex fori* arbitrale?**

L'une des conséquences provoquées par le principe de la liberté reconnue aux arbitres de la CCI dans la détermination du droit applicable au fond et, par voie de conséquence, dans l'applicabilité de la *Convention de Vienne*, est la considération de celle-ci comme une convention différente des autres. Bref, serait-ce un ordre juridique *per se*<sup>48</sup>? Le recours par les arbitres internationaux à cet ordre juridique en dehors de la volonté des parties est-il prévisible? Si la *Convention de Vienne*, en tant que *forum*, est tant recherchée par les arbitres en raison du caractère approprié de ses règles de droit, s'achemine-t-on vers une atténuation du principe de l'absence de for du tribunal arbitral? L'ensemble de ces questions, qui sont par ailleurs liées entre elles, sera au cœur des développements qui suivent.

De notre point de vue, la *Convention de Vienne*, même si elle codifie des usages et des principes généraux, représente beaucoup plus. Elle représente un *élargissement du droit national*, non pas une *dénationalisation du droit*. Elle représente aussi un *consensus universel* sur des règles communes. Premièrement, ce consensus est avant tout interétatique et porte sur les règles juridiques appartenant aux différentes nations (*world common law*) devant être retenues pour le commerce international. Ensuite, il se manifeste aussi au niveau de l'incorporation dans la *Convention de Vienne* des règles de la pratique contractuelle et arbitrale internationale. C'est à ce titre que la *Convention de Vienne* est considérée comme codifiant les usages commerciaux. Le mélange des sources<sup>49</sup> est donc total en son sein. De cette constatation, nous pouvons tirer la conséquence suivante : c'est une réussite, au niveau supérieur, du droit comparé, ce qui confère à la *Convention de Vienne* un certain rang dans tout ordonnancement juridique, qu'il soit interne,

---

<sup>48</sup> Pour une réponse dans l'affirmative au sujet de la *Convention de Vienne*, voir Paul Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* » dans *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Librairies techniques, 1982, 125 à la p. 128. L'auteur, tout en étant mitigé sur l'intégration de la *Convention de Vienne* dans la *lex mercatoria*, ne l'exclut cependant pas comme partie intégrante de l'ordre juridique transnational qui comprend, entre autres, l'œuvre normative des États et des institutions de la gouvernance mondiale. Quant à Philippe Khan, il précise que : « Le travail quelque peu souterrain des professionnels, mais finalement révélé au cours du temps par de nombreux travaux, manquait sans doute d'une reconnaissance et d'une armature officielles dans un contexte où les États affirment, formellement du moins, leur emprise. *L'affirmation d'un droit matériel de la vente internationale généralisé au droit du commerce international* a pu soulever scepticisme (Lord Mustill), réserves, craintes (Paul Lagarde), hostilité combative (Kassis) à la seule exception de l'œuvre de la Chambre de commerce internationale. Le développement des conventions internationales, le relais pris par des agences telles que la CNUDI ou UNIDROIT apporte à la vente internationale les structures qui lui manquaient pour qu'elle se mondialise » [nos italiques], Khan, *supra* note 1 à la p. 308. Pour notre part, nous estimons que ce sentiment prospectif, voire même cette prémonition des auteurs, est devenu réalité. Et c'est cette réalité que nous nous proposons, avec modestie, de démontrer dans les pages qui suivent.

<sup>49</sup> Voir Jacquet, *supra* note 25.

international ou transnational (nous retiendrons cette dernière qualification). À ces titres, comment dénier aux arbitres le pouvoir de s'y référer en tant qu'ensemble de normes substantielles autonomes et acceptées par la communauté internationale des États et des marchands? L'élément qui mérite donc d'être démontré est le suivant : qu'est-ce qu'un ordre juridique *transnational*?

Depuis la thèse de Santi Romano<sup>50</sup>, l'ordre juridique est entendu comme un ensemble de normes applicables à une communauté, voire, même, à une relation quelconque. Il n'est pas toujours nécessaire que ladite communauté ou relation crée elle-même de telles règles. La simple reconnaissance ou, par exemple, l'intégration dans le contrat d'un corpus de règles externes qui auraient pu être écartées si les parties l'avaient voulu, dans la mesure où cette insertion produit une acculturation sur les autres éléments de la relation, doit aussi être prise en compte. Nous pouvons parler d'*ordre contractuel* au plan de la sociologie juridique. La *Convention de Vienne* répond parfaitement à cette notion large de l'ordre juridique, positivement et négativement. Sur le plan positif, les parties au contrat peuvent désigner la *Convention de Vienne* comme droit applicable. Du moins, c'est ce que prévoit l'article 6. Sur le plan négatif, à défaut d'une désignation de la *Convention de Vienne* par les parties comme loi d'autonomie, l'arbitre, se substituant alors à ces parties au contrat, peut valablement effectuer un tel choix en faveur de la *Convention de Vienne* et ce, en lieu et place des parties ayant opté pour l'abstention. Nous l'avons souligné, c'est l'hypothèse du choix négatif voulant que l'absence de choix d'un droit étatique équivaille à une préférence d'un tiers ordre juridique aux yeux des parties<sup>51</sup>. Cette précision étant apportée, c'est l'ordre juridique transnational qui pourrait être visé. Mais pourquoi?

L'expression « ordre juridique transnational », que nous devons à Jessup, désigne l'ensemble des règles gouvernant les actes et les situations qui *transcendent les frontières*, qu'ils soient de droit international public ou de droit international privé. Selon l'auteur précité,

[n]evertheless, I shall use, instead to international law the term of transnational law to include all of law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Voir Santi Romano, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975 aux pp. 9 et s.

<sup>51</sup> Voir A. Claire Cutler, *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, New York, Cambridge University Press, 2003. Voir également Alain Pellet, « La *lex mercatoria*, tiers ordre juridique? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public » dans *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Khan*, Paris, Librairies techniques, 2000, 53; Michel Virally, « Un tiers droit? Réflexions théoriques » dans *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Librairies techniques, 1982, 373; John Goldring, « Globalisation, National Sovereignty and the Harmonisation of Laws » (1998) 3 Rev. D.U. 435 à la p. 445, discutant de ce qu'il qualifie de « *a world without national law* ».

<sup>52</sup> Philippe Caryl Jessup, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956 à la p. 2.

Cette définition vise, notamment, autant les personnes physiques que les entreprises ayant le statut de la personnalité juridique. L'auteur précise également que les sources de ce droit transnational seraient constituées de l'ensemble des règles juridiques ayant un caractère mondial ou universel. En son temps, cette thèse a malheureusement peu suscité l'enthousiasme de la doctrine<sup>53</sup>. Pourtant, quarante ans plus tard, force est de constater qu'elle cadre parfaitement avec la situation de la *Convention de Vienne*. En effet, en tant que traité de droit international public, la *Convention de Vienne* impose des obligations à l'endroit des États (élément subjectif) selon les indications relatives à son champ d'application précisées dans l'article 1<sup>54</sup>. Toutefois, elle unifie aussi des règles matérielles de droit privé directement applicables aux ventes internationales, sauf volonté contraire des parties au contrat (élément objectif tiré des indications constatées à travers les articles 6 et 9).

Mais il y a plus encore et c'est justement ce qui nous fait dire que la *Convention de Vienne* peut être considérée comme un ordre juridique transnational, transcendant de ce fait toute conception mercantiliste.

Si l'expression *droit transnational* a souvent été utilisée à juste titre dans le cadre de l'arbitrage du Centre international de règlements des différends liés aux investissements ou, plus récemment, dans le système de l'Organisation mondiale du commerce, la doctrine de la *lex mercatoria*, en quête de légitimité, en a parfois perverti le sens, d'où l'intérêt de ne pas compromettre la *Convention de Vienne* en l'associant de manière automatique à la *lex mercatoria*<sup>55</sup>. L'élément de différence avec cette théorie se situe au niveau de l'*instrumentum* rattaché à la présence étatique tandis que le *negotium* comporte des points en commun. L'*instrumentum* réalise la formalisation par les États d'un ordre juridique; à cet égard, il suffit de constater la dépendance, certes relative, entre la *Convention de Vienne* et les États l'ayant ratifiée, ne serait-ce que parce que l'applicabilité de celle-ci suppose une localisation du contrat dans un ou plusieurs États contractants. Quant au *negotium*, il permet de retracer les éléments de contenu. C'est ainsi que l'ancien juge<sup>56</sup> de la Cour internationale de justice subordonne l'existence et l'application du droit transnational à l'adhésion ou à l'accord de tous les acteurs de la communauté internationale<sup>57</sup>. Il ajoute que l'application de ce droit transnational peut également remédier aux insuffisances des règles nationales, notamment celles facultatives à la *lex contractus* normalement applicables. En outre, il détermine sa source principale qui serait non pas la somme des *systèmes juridiques mondiaux*<sup>58</sup>, mais un ensemble de principes

---

<sup>53</sup> Certains auteurs utilisent le terme « transnational » à des fins purement descriptives : il désigne, selon eux, des situations qui ne sont pas franchement internationales sans pour autant concerner exclusivement un ordre juridique interne. Par exemple, voir Pierre Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international » (1986) 3 *Rev. arb.* 329 à la p. 330.

<sup>54</sup> Précision importante, puisque nous allons remarquer, dans notre dernière section, qu'une prorogation de ce champ est possible devant l'arbitre international.

<sup>55</sup> Qui varie par ailleurs selon les auteurs, mais il s'agit d'une autre question.

<sup>56</sup> Voir Jessup, *supra* note 52 aux pp. 3 et s., 13 et s., 80 et s., 102 et s.

<sup>57</sup> Dans notre cas, il s'agit des États, des entreprises et des arbitres.

<sup>58</sup> C'est dans cette catégorie que nous classerions précisément la *lex mercatoria* à côté de tous les autres systèmes, y compris celui d'ordre transnational.

appropriés, dégagés par comparaison des droits internes<sup>59</sup> auxquels s'ajoutent les règles et usages des marchands et de certains traités internationaux<sup>60</sup>. N'est-ce pas le cas avec la *Convention de Vienne*?

Sans pousser le débat sur cette *lex mercatoria* qui a reçu des définitions très différentes<sup>61</sup>, expliquant les fréquentes confusions entre droit transnational et droit du commerce international<sup>62</sup>, observons que s'il existait un ordre juridique transnational, la vente internationale entrerait dans son champ puisqu'elle implique une situation *transfrontalière*. Et si la *Convention de Vienne* constitue cet ordre juridique, devient-elle par la même occasion une alternative à l'absence de for des arbitres de la CCI?

Cela nous ramène à la constatation fondamentale qui domine en vérité la matière : l'absence de *lex fori* des arbitres de la CCI. On a pu soutenir que

son for, c'est la collectivité internationale, ou pour mieux dire, *transnationale* des personnes morales de droit public et de droit privé et des personnes physiques engagées dans les relations économiques, par-delà les frontières des États ([...] ces relations ne sont pas nouées entre États, représentant les collectivités nationales, mais entre des personnes physiques ou morales ressortissant de différents États).<sup>63</sup>

Cette conception cadre parfaitement avec le statut de la *Convention de Vienne* dotée d'une autonomie juridique par rapport aux ordres juridiques internes et aux autres catégories de règles concurrentes ou complémentaires<sup>64</sup>. La hiérarchie

<sup>59</sup> Ainsi, droit international public et droit transnational auraient en commun l'une de leurs sources : les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, tel que prévu par l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de justice*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7.

<sup>60</sup> Sur cette considération, voir aussi Florence Poirat, *Le traité, acte juridique international : recherches sur le traité international comme mode de production et comme produit*, Boston, Martinus Nijhoff, 2004. En particulier, Paul Reuter, « Le Traité international, acte et norme » dans Paul Reuter, dir., *Le développement de l'ordre juridique international : écrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, 331.

<sup>61</sup> Ainsi, conformément à l'acception la plus large, la loi des marchands engloberait, outre les usages proprement dits, les conventions internationales, les lois uniformes, les principes généraux issus des lois de commerce des différents États, les règles mises sur pied par des associations internationales à vocation économique et la jurisprudence arbitrale. En ce sens, voir Ole Lando « *The lex mercatoria in International Commercial Arbitration* » (1985) 4 I.C.L.Q. 747 aux pp. 749 et s. Une conception plus étroite en fait un ensemble de solutions adoptées par les milieux d'affaires pour les besoins du commerce international : il s'agit ainsi d'un « droit spontané » dont seraient exclues toutes les règles d'origine étatique ou interétatique. En effet, Berthold Goldman oppose aux sources étatiques et interétatiques « la partie de la *lex mercatoria* qui constitue un droit spontané ». Voir Berthold Goldman, « *La lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspective » (1979) 2 R.D.I. 472 à la p. 478.

<sup>62</sup> La notion de « droit du commerce international » est plus vaste, car elle englobe, outre les normes interétatiques, des réglementations d'origine purement étatique.

<sup>63</sup> Goldman, « L'arbitre », *supra* note 13 à la p. 116.

<sup>64</sup> Sur l'approche intégrationniste, plutôt que concurrentielle, des normes dans la tendance moderne, voir Denis Tallon, « Quel droit comparé pour le XXI<sup>e</sup> siècle » (1998) 3 Rev. D.U. 703; Jan Ramberg, « The Creativity of Arbitrators in the Context of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts » (1998) 3 Rev. D.U. 65. Quant à la hiérarchie posée au sein du système de la *Convention de Vienne*, elle s'établit comme suit : premièrement, la convention étant facultative (article 6), les règles

qu'elle établit est propre à l'ordonnement qu'on retrouve au sein d'un système juridique. Contrairement à d'autres constructions doctrinales qui ont revendiqué le statut d'ordre juridique transnational, la *Convention de Vienne*, en dépit de l'hétérogénéité de ses composantes formelles et matérielles, échappe aux inconvénients que présente la théorie classique des principes généraux. En effet, outre la première partie portant sur les dispositions générales, il est difficile d'en tirer autre chose que des règles juridiques précises. Cela étant dit, il serait donc cohérent que l'arbitre s'abrite derrière cette convention, considérée comme normativité applicable au fond, en utilisant un système de rattachement qui ne soit pas celui d'un ou de quelques États nationaux quels qu'ils soient, mais qui soit précisément celui de la « collectivité transnationale » constituée par les opérateurs des relations économiques transnationales. Ce système autonome consiste en une application devant l'arbitre de la CCI de la *Convention de Vienne* à partir des indications tirées directement de celle-ci, comme les critères de son article premier, la considération que cette convention est le véhicule des usages commerciaux, les principes généraux du droit ou encore qu'elle représente un droit neutre comme en témoigne la sentence de la CCI n° 7565 de 1994<sup>65</sup>. De la sorte, nous pouvons considérer les critères d'applicabilité de la *Convention de Vienne* comme une codification des principes généraux du droit international privé s'imposant à l'arbitre de la CCI.

Quant à l'application de la *Convention de Vienne* suivant la méthode directe, rien n'empêche les marchands de substituer leur volonté à celle de l'arbitre, c'est-à-dire de s'en remettre à ce dernier dans la désignation des règles unifiées comme droit applicable. Lorsque c'est le cas, nous considérons alors qu'il s'agit d'un blanc-seing que les parties donnent à l'arbitre, ce qui lui permet de recourir plus facilement aux règles conventionnelles, devenues, par la même occasion, prévisibles et appropriées aux besoins du commerce international. Le débat sur l'inexistence d'un for de

---

*nationales impératives* priment sur ses propres dispositions. Il en est de même pour les *dispositions contractuelles* contraires (article 6) et les *usages commerciaux* (article 9). En revanche, les lacunes internes à la convention sont réglées par les *principes généraux dont elle s'inspire* (article 7, al. 1) tandis que ses lacunes externes trouvent leurs solutions dans le *droit national désigné par les règles de droit international privé* (article 7, al. 2). Naturellement, au milieu de cette structuration juridique se placent les *règles substantielles de la convention*.

<sup>65</sup> Déc. n° 7565 (1995), (1995) 6 Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI 64 (Chambre de commerce international). En l'espèce, le contrat entre un vendeur néerlandais et un acheteur américain comportait une clause obscure de droit applicable désignant les « *Laws of Switzerland* ». Selon le vendeur, la clause de droit applicable désignait le droit suisse, à l'exclusion des règles de droit international privé de ce même ordre juridique. Le choix du droit suisse était, selon le vendeur, basé sur sa neutralité, ce à quoi l'arbitre s'objecte en opposant, au contraire, non seulement la fonction spécifique de la *Convention de Vienne* qui est partie intégrante du droit suisse et applicable à titre de *lex specialis*, mais aussi sa neutralité et son adéquation aux besoins du commerce international : « a) [...] the purpose of the incorporation of an international convention in the law of a country having signed or adhered to it is not to elect rules of private international laws with the view to settle conflicts of laws, but to implement as part of that national law a set of material rules. So Swiss law, when applicable, consists of the convention itself as of the date of its incorporation into Swiss Law [...] the neutrality argument [...] is satisfied whereas the convention's objectives and content are more than consistent with it. b) Certainly in incorporating the convention's provisions such as to make it part of Swiss law so far as international sales are concerned, Switzerland has rather increased than decreased the degree of neutrality the parties are suggested to have sought in the present circumstances ». *Ibid.* à la p. 65.

l'arbitre devient, dans ce contexte, une notion trop pleine pour justifier l'application de la *Convention de Vienne*. Cette dernière devient, en quelque sorte, le *forum* qui exerce sur l'arbitre une grande force d'attraction. Enfin, comme nous allons le constater, contrairement à ce que soutient Pierre Mayer<sup>66</sup>, nous pensons qu'une telle situation de l'arbitre n'est pas réductible à celle du juge d'un *État non contractant* de la *Convention de Vienne*. La position de l'arbitre est transnationale. Il s'agit pour lui d'échapper aux carcans d'un ou plusieurs droits internes, soit en rattachant ces derniers, soit en les dépassant. Bien plus, ne doit-il pas prendre parti en faveur du consensus universel autour des règles spéciales consacrées à la vente internationale que représente la *Convention de Vienne* et se rallier ainsi à la majorité des États du globe qui ont opté pour celle-ci?

Ce fut une quête permanente pour l'arbitrage que de voir se réaliser un jour l'unification de certaines règles de droit jugées importantes pour le développement du commerce mondial. Les arbitres renieraient leurs vœux s'ils devaient tourner régulièrement le dos à la *Convention de Vienne* qui reprend, par ailleurs, certains dispositifs énoncés au départ dans des sentences arbitrales. Cela nous semble assez logique et c'est pourquoi les arbitres ont eu l'audace d'appliquer la *Convention de Vienne* avant même son entrée en vigueur<sup>67</sup>. Considérée comme l'aboutissement d'une longue gestation ayant pour ancêtre la *Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels*<sup>68</sup>, la *Convention de Vienne* est aujourd'hui exaltée par les auteurs comme étant la preuve que l'unification mondiale du droit est possible. Son héritage se fait déjà lourd à en croire le renfort des principes d'Unidroit<sup>69</sup>, des *Principes européens du droit des contrats*<sup>70</sup> et du projet Unidroit-American Law Institute (ALI) sur les règles de procédure civile transnationale<sup>71</sup>. Si ces rêves d'hier, vécus par certains comme Édouard Lambert et René David, sont devenus réalités, c'est grâce aux revendications des milieux marchands appuyés par les arbitres internationaux, notamment à travers la CCI. Il serait donc difficile de comprendre autrement la finalité même de l'article 17 du règlement d'arbitrage de la CCI qui consiste à orienter implicitement les arbitres vers une application de la *Convention de Vienne*, sauf motifs légitimes de s'en écarter.

---

<sup>66</sup> En ce sens, voir Mayer, *supra* note 1. Nous sommes toutefois partiellement en désaccord avec ce dernier lorsqu'il estime que la situation de l'arbitre face à la *Convention de Vienne* est équivalente à celle d'un État non contractant. L'arbitre n'a pas de for et on ne peut lui imposer une situation particulière, en l'occurrence celle d'un État non contractant. Il est libre et c'est cette liberté qui confère au système la flexibilité revendiquée par les marchands. Dès lors, usant de cette liberté, l'arbitre peut aussi bien se placer du point de vue d'un État contractant ou d'un État non contractant. Nous y reviendrons dans le cadre du débat portant sur l'intérêt théorique.

<sup>67</sup> En ce sens, voir Jarvin et Boissavy, *supra* note 1 à la p. 356.

<sup>68</sup> *Convention de La Haye*, *supra* note 33.

<sup>69</sup> Institut international pour l'unification du droit privé, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Institut pour l'unification du droit privé, 1994.

<sup>70</sup> Commission on European Contract Law, *Principles of European Contract Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2000.

<sup>71</sup> Institut international pour l'unification du droit privé et American Law Institute, « Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale » (2004) 4 Rev. D.U. 759.

\* \* \*

Lorsque les opérateurs du commerce international recourent à l'arbitrage, ils expriment par cette attitude une double nécessité. La première est celle d'échapper à la fois à la compétence et à l'emprise des ordres juridiques nationaux. La seconde concerne la recherche d'une justice *sui generis* administrée et rendue différemment. On peut expliquer ces besoins classiques des opérateurs du commerce international par la complexité des échanges internationaux. C'est justement ce qui oriente sans cesse la démarche des arbitres internationaux vers un effort d'intégration dans la détermination du droit applicable aux litiges qui leur sont soumis. Un contrat-type peut être considéré comme une expression de l'autonomie de la volonté des parties qui l'ont choisi. Partant, la mise en œuvre directe de la *Convention de Vienne* devant les arbitres internationaux par ce procédé des contrats-types peut être, elle aussi, considérée comme un complément à cette expression de l'autonomie de la volonté. En somme, on s'oriente progressivement vers une situation où les arbitres de la CCI sont davantage attirés vers une mise en œuvre de la *Convention de Vienne*. Est-ce à dire que l'absence de for de l'arbitre justifiant le principe de la liberté dans le choix du droit applicable peut être minimisée si on considère la *Convention de Vienne* comme un *forum de la communauté internationale*? Une réponse affirmative peut être défendue selon les éléments que nous avons fournis dans la dernière section de notre étude. Puisque l'avantage même du principe de la liberté conférée à l'arbitre de la CCI quant à la recherche du droit applicable au fond réside dans la nécessité d'une parité de traitement entre les systèmes en conflit, cet objectif nous semble atteint dès lors que la plupart des États ont choisi la *Convention de Vienne* pour loi applicable à la vente internationale. Ce consensus universel peut constituer une limite à la liberté des arbitres de la CCI, tout comme il est possible de considérer la *Convention de Vienne* comme équivalent à une *lex fori* arbitrale. C'est ce qui justifie, par ailleurs, les craintes relatives au risque d'arbitraire. De plus, du point de vue de l'arbitre de la CCI, c'est bien parce que la *Convention de Vienne* reflète les pratiques des opérateurs économiques ou des autorités professionnelles ou institutionnelles de type corporatiste qu'il se doit de l'appliquer. L'émergence d'un tel sentiment de devoir des arbitres dans l'application de la *Convention de Vienne* découlerait de l'existence d'un ordre juridique naissant caractérisé par une identification de règles, comme c'est le cas pour tout ordre juridique, mais aussi par la nature de ces règles. En ce sens, nous rejoignons un certain nombre d'auteurs<sup>72</sup> pour qui, dans un proche avenir, on peut se demander si l'on n'est pas dans la perspective d'une fusion du droit professionnel transnational, du droit conventionnel portant droit matériel uniforme et de principes, quelle que soit leur source, dans la branche nouvelle et déjà contestée d'un droit transnational économique qui pourrait constituer la formalisation sur le plan juridique de la mondialisation. Selon ces auteurs, si l'importance pour les marchands de

---

<sup>72</sup> Voir Philippe Fouchard, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie » dans *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, Frison-Roche, 1999, 381; aussi, les diverses contributions de Éric Loquin et Catherine Kessedjian dans Éric Loquin et Catherine Kessedjian, dir., *La mondialisation du droit*, Paris, Librairies techniques, 2000.

disposer de règles appropriées à leurs besoins est reconnue par tous, la mondialisation de l'économie accroît davantage ce besoin. Finalement, l'ensemble des décisions arbitrales analysées dans la présente étude n'est pas remis en cause par les idées que nous avons esquissées. Au contraire, ces décisions se situent dans une logique de continuité : celle relative à l'entrée dans une nouvelle ère favorable à la reconnaissance d'un ordre juridique transnational. C'est peut-être tirer beaucoup de conclusions à partir de quelques sentences et prêter aux arbitres des intentions qu'ils n'ont même pas entrevues, car les motivations de leurs sentences ne reposent pas nécessairement sur des bases philosophiques, mais sur une tentative de maîtrise du quotidien. Toutefois, n'est-ce pas le rôle de la doctrine que de tenter de parachever les constructions théoriques à partir des leçons tirées de la jurisprudence?